FIW-SCHRIFTENREIHE
FORSCHUNGSINSTITUT FÜR WIRTSCHAFTS-VERFASSUNG UND WETTBEWERB E.V. KÖLN

Heft 24

Wilfried Schlüter

Die Vertretungsmacht des Gesellschafters und die »Grundlagen der Gesellschaft«

1964

CARL HEYMANNS VERLAG KG

Die Vertretungsmacht des Gesellschafters und die »Grundlagen der Gesellschaft«

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

WILFRIED SCHLÜTER
aus Königsberg/Pr.

1965

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Brox

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

Dekan: Prof. Dr. Timm

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Dezember 1964

FIW-SCHRIFTENREIHE
FORSCHUNGSINSTITUT FÜR WIRTSCHAFTSVERFASSUNG
UND WETTBEWERB E. V. KÖLN

HEFT 24

Die Vertretungsmacht des Gesellschafters und die »Grundlagen der Gesellschaft«

von

WILFRIED SCHLÜTER

Wissenschaftlicher Assistent

1965

CARL HEYMANNS VERLAG KG

Köln · Berlin · Bonn · München

D 6

Verlagsarchiv 16386
Druck: Graph. Betrieb Gebr. Rasch & Co., Bramsche/Osnabrück
Printed in Germany

Vorwort

Nach § 126 Abs. 1 HGB erstreckt sich die Vertretungsmacht des Gesellschafters einer OHG oder KG auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen. Trotz dieses klaren Wortlautes haben sich bei der Anwendung dieser Bestimmung zahlreiche Zweifelsfragen ergeben. Nach einer weit verbreiteten Auffassung sollen alle Geschäfte, welche die »Grundlagen der Gesellschaft« berühren, von der Vertretungsmacht des Gesellschafters ausgenommen sein. Wann aber werden die »Grundlagen der Gesellschaft« berührt? Kann der vertretungsberechtigte Gesellschafter beispielsweise einen weiteren persönlich haftenden Gesellschafter oder Kommanditisten, einen stillen oder »atypisch« stillen Gesellschafter in die OHG oder KG aufnehmen? Kann er das von der Gesellschaft betriebene Handelsgeschäft mit oder ohne Firma veräußern oder die Prokura eines Kommanditisten widerrufen? Kann er namens der Gesellschaft einem Konzern, einem Kartell oder einer Interessengemeinschaft beitreten?

Diese für die Unternehmensverfassung und damit für die Wirtschaftsverfassung wichtigen Fragen werden in Rechtsprechung und Schrifttum vielfach unterschiedlich beantwortet. Der Verfasser setzt sich kritisch mit den bisherigen Lösungsversuchen auseinander und bemüht sich, in eingehender, am Gesetzeszweck ausgerichteter Wertung den Anwendungsbereich des § 126 HGB zu bestimmen und auf diese Weise sichere Abgrenzungskriterien zu gewinnen, die in der Praxis eindeutige Entscheidungen ermöglichen.

Wir hoffen, mit dieser Arbeit zur Klärung eines bedeutenden gesellschaftsrechtlichen Problemkreises beizutragen.

Köln, den 15. März 1965

FORSCHUNGSINSTITUT FÜR
WIRTSCHAFTSVERFASSUNG UND WETTBEWERB

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547227_0045

Inhaltsübersicht

A. Einleitung

§ 1. Einleitung und Abgrenzung des Themas 11

B. Hauptteil

1. ABSCHNITT

Überblick über die bisherige Behandlung des Problems in Rechtsprechung und Schrifttum und ihre Kritik 12

§ 2. Die einzelnen Fallgruppen in Rechtsprechung und Schrifttum 12
I. Die Aufnahme eines Gesellschafters 12
1. Die Aufnahme eines stillen Gesellschafters 12
2. Die Aufnahme eines »atypischen« stillen Gesellschafters 15
3. Die Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters oder eines Kommanditisten 17
II. Der Ausschluß eines Gesellschafters 18
III. Die Beteiligung der Gesellschaft an einer anderen Gesellschaft 18
IV. Die Veräußerung des gesellschaftlichen Handelsgeschäfts 19
V. Die Änderung der gesellschaftlichen Firma 21
1. Die vertragliche Änderung der Firma 21
2. Die Übertragung der Firma 22
3. Die Übertragung der Firma in der Liquidation 22
VI. Die Sitzverlegung der Gesellschaft 23
VII. Die Auflösung der Gesellschaft und die Regelung der Auseinandersetzung . . 23
1. Die Auflösung der Gesellschaft 23
2. Der Empfang der Kündigungserklärung 24
3. Die Regelung der Auseinandersetzung 24
VIII. Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht . . 25
IX. Die Kündigung des Dienstverhältnisses eines Prokuristen und der Widerruf einer Prokura 26
X. Allgemeine Zusammenfassung 28

§ 3. »Die Vertretungsmacht berechtigt nur zur Vertretung der Gesellschaft, nicht der Gesellschafter« 29
I. Die Rechtskreise der Gesellschaft und der Gesellschafter und ihr Verhältnis zueinander 29
II. Zusammenfassung 31
III. Folgerungen für die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte des vertretungsberechtigten Gesellschafters 32

IV. Die weitergehende Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht durch Rechtsprechung und Schrifttum 35

§ 4. Kritik der weitergehenden Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht 36
I. Vorbemerkung 36
II. Der Tatbestand des Rechtsgeschäfts innerhalb der Privatrechtsordnung . . . 37
III. Die Wirkungen des Rechtsgeschäfts 39
1. Die subjektiven, willensbestimmten Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts . 39
2. Die objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts 40
3. Die tatsächlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts 41
4. Objektive, gesetzliche Rechtswirkungen und tatsächliche Auswirkungen des Rechtsgeschäfts 42
5. Zusammenfassung 43
6. Die Wirkungen des Rechtsgeschäfts in den verschiedenen Rechtskreisen . . 43
a) Die subjektiven, willensbestimmten Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts 43
b) Die objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts . . . 44
c) Die tatsächlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts 45
IV. Die Wirkungen der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung 46
V. Die weitergehende Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht, erläutert an einigen Beispielen 50
1. Die Veräußerung des gesellschaftlichen Handelsgeschäfts 50
2. Die Kündigung des Dienstverhältnisses eines Prokuristen (Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 20. 10. 1960) 51
3. Die Aufnahme und die Verpflichtung zur Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters in eine OHG 53
a) Die Aufnahme selbst 53
b) Der zur Aufnahme verpflichtende Vertrag 53
VI. Zusammenfassende Kritik der weitergehenden Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht 57

§ 5. »Die Vertretungsmacht des Gesellschafters findet ihre Grenze an den Grundlagen der Gesellschaft« 58

2. ABSCHNITT

Versuch einer Rechtfertigung der weitergehenden Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht durch eine teleologische Reduktion des § 126 HGB 63

§ 6. Die allgemeinen Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion 63
I. Enge Auslegung und teleologische Reduktion 63
II. Aufgabe und Grenzen der teleologischen Reduktion 64
III. Begriff und Wesen der Gesetzeslücke 65

§ 7. Die rechtspolitische Zwecksetzung des § 126 HGB 67
I. Das Schutzinteresse der Gesellschaft und das Vertrauensinteresse des Rechtsverkehrs bei der Vertretung 67
II. Die Entstehungsgeschichte des § 126 HGB 70

III. Die gesetzliche Wertung der durch § 126 HGB berührten Interessen (Zusammenfassung) 73
IV. Der Verkehrsschutz als allgemeines Prinzip des deutschen Rechts 74

§ 8. Die teleologische Reduktion des § 126 HGB 77
I. § 126 HGB und die Rechtsgeschäfte mit tatsächlichen Auswirkungen in der Rechts- und Pflichtenstellung der einzelnen Gesellschafter 77
II. § 126 HGB und die Rechtsgeschäfte mit Reflexwirkungen in der Rechts- und Pflichtenstellung der einzelnen Gesellschafter 80
1. Der zur Aufnahme eines weiteren Gesellschafters verpflichtende Vertrag. . 80
2. Der zur Verschaffung einzelner personenrechtlicher Mitgliedschaftsrechte verpflichtende Vertrag 84
III. Zusammenfassung 86

3. ABSCHNITT

§ 9. Die Anwendung der gefundenen Ergebnisse auf die Fallgruppen in Rechtsprechung und Schrifttum 87
I. Die Aufnahme eines weiteren Gesellschafters 87
1. Die Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters oder eines Kommanditisten 87
2. Die Aufnahme eines stillen Gesellschafters 87
3. Die Aufnahme eines »atypischen« stillen Gesellschafters 88
a) mit schuldrechtlicher Beteiligung am Gesellschaftsvermögen 88
b) mit Geschäftsführungsbefugnissen 88
II. Der Ausschluß eines Gesellschafters und die Entziehung der Vertretungsmacht oder Geschäftsführungsbefugnis 89
1. Der Ausschluß eines Gesellschafters 89
2. Die Entziehung der Vertretungsmacht oder Geschäftsführungsbefugnis . . 89
III. Die Beteiligung der Gesellschaft an einer anderen Gesellschaft 89
IV. Die Veräußerung des gesellschaftlichen Handelsgeschäfts 90
V. Die Änderung und Übertragung der gesellschaftlichen Firma 91
1. Die Firmenänderung 91
2. Die Firmenübertragung 91
VI. Die Sitzverlegung der Gesellschaft 93
VII. Die Auflösung der Gesellschaft und die Regelung der Auseinandersetzung . . 93
1. Die Auflösung der Gesellschaft 93
2. Die Regelung der Auseinandersetzung 94
VIII. Die Kündigung eines Dienstverhältnisses und der Widerruf einer Prokura . . 94
1. Die Kündigung eines Dienstverhältnisses 94
2. Der Widerruf einer Prokura 95

Schrifttumsverzeichnis 101
Abkürzungen 107

A. Einleitung

§ 1. Einleitung und Abgrenzung des Themas

Die vorliegende Untersuchung behandelt Fragen der gesellschaftlichen Vertretungsmacht im Recht der Personalhandelsgesellschaften. Auf das Recht der Kapitalgesellschaften soll nur an einigen Stellen vergleichend eingegangen werden, weil die Personalhandelsgesellschaften, die OHG und die KG, wegen ihrer Struktur als gesamthänderische, personenbezogene Haftungs- und Arbeitsgemeinschaften auch in diesem Fragenbereich Besonderheiten aufweisen, die nicht ohne weiteres auf die Kapitalgesellschaften übertragen werden können.

Nach § 126 Abs. 1 HGB kann der Gesellschafter einer OHG seine Gesellschaft bei allen gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen vertreten. Er kann in ihrem Namen Grundstücke veräußern und belasten und eine Prokura erteilen oder widerrufen. Der Umfang seiner Vertretungsmacht kann nach § 126 Abs. 2 HGB Dritten gegenüber nicht wirksam beschränkt werden. Diese Vorschrift gilt nach § 161 Abs. 2 HGB auch für den vertretungsberechtigten Gesellschafter einer KG, den Komplementär (§ 170 HGB). Angesichts des klaren Wortlauts sollte man annehmen, daß Meinungsverschiedenheiten über den Umfang der gesellschaftlichen Vertretungsmacht ausgeschlossen sind. Dennoch hat die Anwendung dieser Bestimmung bis in die neueste Zeit immer wieder Schwierigkeiten bereitet. Nach einer im Schrifttum und in der Rechtsprechung weit verbreiteten Ansicht soll ein Rechtsgeschäft dann nicht von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht umfaßt sein, wenn es die »Grundlagen der Gesellschaft« berührt[1]. Was aber unter den »Grundlagen der Gesellschaft« zu verstehen ist, wird nicht gesagt. Das hat dazu geführt, daß verschiedene Autoren mit dem Hinweis auf die »Grundlagen der Gesellschaft« sogar in der gleichen Frage zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt sind, wie beispielsweise bei der Aufnahme eines »atypischen« stillen Gesellschafters[2].

Aufgabe der Arbeit ist es, zunächst die unterschiedlichen Auffassungen über den Umfang der gesellschaftlichen Vertretungsmacht anhand einzelner Fallgruppen darzustellen und ihre Begründungen auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. In einem weiteren Abschnitt soll dann untersucht werden, ob und inwieweit bestimmte Rechtsgeschäfte durch eine teleologische Reduktion des § 126 Abs. 1 HGB von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht ausgenommen werden können. Die gewonnenen Ergebnisse werden dann abschließend auf die eingangs erwähnten Fallgruppen angewendet.

---

[1] BHG LM Nr. 1 zu § 126 HGB; RGZ 162, 370 (374); *Baumbach-Duden* § 126 Anm. 1 D.
[2] S. dazu einerseits *Paulick* S. 115, anderseits *Aulinger* S. 42 f.

B. Hauptteil

1. ABSCHNITT

Überblick über die bisherige Behandlung des Problems in Rechtsprechung und Schrifttum und ihre Kritik

§ 2. Die einzelnen Fallgruppen in Rechtsprechung und Schrifttum

I. Die Aufnahme eines Gesellschafters

Die Problematik entstand zunächst bei der Frage, ob ein alleinvertretungsberechtigter Gesellschafter ohne Zustimmung seiner Mitgesellschafter einen weiteren Gesellschafter in die Gesellschaft aufnehmen kann. Während übereinstimmend angenommen wurde, daß die Vertretungsmacht nicht zur Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters und eines Kommanditisten berechtigt[1], war es lange Zeit streitig, ob das auch für die Aufnahme eines stillen Gesellschafters gilt.

1. Die Aufnahme eines stillen Gesellschafters

Hiermit hatte sich erstmals das Reichsoberhandelsgericht in seinem Urteil vom 27. 2. 1874[2] zu befassen. Das Gericht hat die Ansicht vertreten, daß sich die Vertretungsmacht des Gesellschafters nicht auf die Aufnahme eines stillen Gesellschafters erstrecke, weil es sich hierbei nicht mehr um eine Vertretung der Gesellschaft gegenüber Dritten handele. Durch die Aufnahme eines stillen Gesellschafters werde der Kreis der mit Rechten und Pflichten bekleideten Personen erweitert. Diese Maßnahme stelle einen »inneren Act« dar, den der vertretungsberechtigte Gesellschafter ohne Verletzung wichtiger Interessen der übrigen Gesellschafter nicht ohne deren Zustimmung vollziehen könne. Art. 98 ADHGB[3], der seinem Wortlaut nach nur die Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters betreffe, enthalte einen Grundsatz, der auch für die Aufnahme eines stillen Gesellschafters gelte. Das Reichsgericht hatte sich dem Reichsoberhandelsgericht zunächst angeschlossen[4], allerdings mit der Einschränkung, daß nur die Aufnahme selbst, nicht aber der obligatorische Vertrag, durch den die Gesellschaft zur Aufnahme des stillen Gesell-

---

[1] RGZ 91, 412 (415); 52, 161 (162 f.): für den persönlich haftenden Gesellschafter; RGZ 128, 172 (176): für den Kommanditisten; *Weipert* in RGRK z. HGB § 126 Anm. 7. Weitere Nachweise s. unten S. 17.

[2] ROHG 13, 62 (63 f.).

[3] Art. 98 Abs. 1 ADHGB lautet: »Ein Gesellschafter kann ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen.«

[4] RG in Holdh. Mschr. 1904, 50 (nur Leitsatz); JW 1921, 1239; Recht 1923 Nr. 678.

schafters verpflichtet werde, der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedürfe[5]. Die Aufnahme eines stillen Gesellschafters sei deshalb nicht von der Vertretungsmacht eines Gesellschafters gedeckt, weil der stille Gesellschafter, vor allem durch seine Beteiligung am Gewinn und Verlust (§ 336 HGB) und sein Recht auf Vorlage der Bilanz und auf Einsicht der Bücher und Papiere (§ 338 HGB) zu der Gesellschaft in ein so enges Verhältnis trete, daß dadurch der ihre Grundlage bildende Gesellschaftsvertrag geändert werde.

In der Literatur wurde diese Rechtsprechung nur zum Teil und oft nur im Ergebnis gebilligt.

In Anlehnung an die genannten Entscheidungen betonte *Wieland*[6], daß der stille Gesellschafter nicht zu der Gesellschaft als solcher, sondern zu den einzelnen Gesellschaftern in ein Vertragsverhältnis trete. Der vertretungsberechtigte Gesellschafter sei aber nur ermächtigt, die Gesellschaft, nicht aber die einzelnen Gesellschafter persönlich zu vertreten. *Staub-Pinner*[7] hoben hervor, daß die Aufnahme eines stillen wie eines jeden Gesellschafters eine Veränderung der inneren Zusammensetzung der Gesellschaft darstelle, die ohne Zustimmung aller Gesellschafter unzulässig sei. Eine derartige Maßnahme habe mit der Vorschrift des § 126 HGB, welche die Verhältnisse nach außen regele, nichts zu schaffen[8]. Unter Geltung des ADHGB begründeten einige Autoren[9] – wie auch das Reichsoberhandelsgericht a. a. O. – dieses Ergebnis mit einer entsprechenden Anwendung des Art. 98 ADHGB, obwohl diese Vorschrift in dem Abschnitt »Von dem Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander« stand, sich also auf das Innenverhältnis bezog[10]. Wieder andere folgerten dieses Ergebnis aus der »Natur des Gesellschaftsvertrages«[11] oder der Natur der offenen Handelsgesellschaft[12]. Dieser widerspreche es, jeden beliebigen Dritten in die Gesellschaft aufzunehmen. Das unbeschränkte Recht jedes vertretungsberechtigten Gesellschafters, die Gesellschaft zu verpflichten, und die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden bezeugten zur Genüge, daß die offene Handelsgesellschaft in viel höherem Maße »intuitu personae« eingegangen werde als jede andere gesellschaftliche Vereinigung. Das gelte ebenso für die Aufnahme eines stillen Gesellschafters wie für die eines persönlichen haftenden Gesellschafters oder eines Kommanditisten.

Ein großer Teil des Schrifttums vertrat im Gegensatz hierzu die Meinung, daß

---

5 Mit dieser Einschränkung in JW 1921, 1239.

6 *Wieland I* S. 590 Anm. 26.

7 § 126 Anm. 2, § 335 Anm. 26.

8 So auch *Pinner* in der Anmerkung zu RG JW 1921, 1239; *Lehmann-Hoeniger* S. 291 Anm. 6; *Hill* S. 47; *Müller-Erzbach* S. 203.

9 *Puchelt* Art. 98 Anm. 1; wohl auch *Gareis-Fuchsberger* Art. 98 Anm. 57.

10 *A. A. Renaud* (Stille Ges.) S. 96, der die entsprechende Anwendbarkeit des Art. 98 ADHGB verneint. Er meint, die Aufnahme eines stillen Gesellschafters durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter sei deshalb nicht möglich, weil der Abschluß des Aufnahmevertrages kein Geschäft sei, das der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringe. Auch er übersieht, daß es sich hierbei nicht um das Innenverhältnis (Geschäftsführung), sondern um das Außenverhältnis (Vertretung) handelt.

11 *Makower* Art. 98, 99 Anm. 23.

12 *v. Gorski* S. 137 f.

der vertretungsberechtigte Gesellschafter ohne Zustimmung seiner Mitgesellschafter mit einem stillen Gesellschafter einen Gesellschaftsvertrag abschließen könne[13].

Zur Begründung dieser Ansicht führte Flechtheim[14] an, der stille Gesellschafter trete anders als ein Kommanditist oder ein persönlich haftender Gesellschafter nicht in die Gesellschaft selbst ein. Ihn umschlinge nicht dasselbe personen- und vermögensrechtliche Band. Durch den Vertrag mit dem stillen Gesellschafter werde nur das Verhältnis der offenen Handelsgesellschaft zu einem Dritten geregelt. Keinesfalls werde hierdurch der die Grundlage der Personalhandelsgesellschaft bildende Gesellschaftsvertrag geändert, wie das Reichsgericht[15] meine. Der stille Gesellschafter habe gegenüber der Gesellschaft nur obligatorische Ansprüche, aber keinen Anteil am Gesellschaftsvermögen. Auch werde durch seine Aufnahme nicht über den Anspruch der Gesellschaft auf den Reingewinn verfügt. Erst der nach Abzug des auf den stillen Gesellschafter entfallenden Anteils verbleibende Rest sei der Reingewinn im Sinne der §§ 120 ff. HGB, der den Gesellschaftern anteilmäßig gebühre.

Das Reichsgericht hat in einer späteren Entscheidung vom 8. 1. 1937[16] seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben und sich im wesentlichen den von Flechtheim vorgebrachten Argumenten angeschlossen. Es hat besonders darauf hingewiesen, daß die Handelsgesellschaft durch die Aufnahme eines stillen Gesellschafters nicht in ihrem Bestand verändert werde; der stille Gesellschafter sei nur an den Ergebnissen des Handelsunternehmens beteiligt und stehe zu der Personalhandelsgesellschaft nur in schuldrechtlichen Beziehungen. Wenn auch durch die Beteiligung des stillen Gesellschafters am Gewinn des Unternehmens der Gewinn der Gesellschafter geschmälert werden könne, so liege darin nur eine tatsächliche Beschränkung des Gewinns, die in gleicher Weise durch andere schuldrechtliche Geschäfte erfolgen könne, die der vertretungsberechtigte Gesellschafter mit Wirkung für die Gesellschaft abschließe. Diese Ansicht, der sich inzwischen der Bundesgerichtshof[17] angeschlossen hat, ist seitdem auch herrschende Lehre[18]. Heute wird allerdings die Vertretungsmacht zur Aufnahme eines stillen Gesellschafters vor allem damit begründet, daß dieser nur zu der Gesellschaft als Gesamtheit der Gesellschafter und nicht zu den Gesellschaftern als Einzelpersonen in Rechtsbeziehungen trete.

---

[13] So für das ADHGB bereits: *Hahn* Art. 250 § 5 Anm. 4; *Staub* (3. und 4. Aufl.) Art. 250 § 10. Für das HGB: *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3 und § 335 Anm. 13; *J. v. Gierke* ZHR 90, 240; *Koenige-Teichmann-Koehler* § 126 Anm. 1; *Lang* S. 53; *Ritter* § 126 Anm. 2 b.

[14] *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3.

[15] In JW 1921, 1239.

[16] RGZ 153, 371 (373); s. auch RGZ 170, 98 (105).

[17] BGH in LM Nr. 7 zu § 128 HGB; BGH in WM 1957, 543 f. (insoweit in BGHZ 23, 302 nicht abgedruckt).

[18] *Aulinger* S. 40 f.; *Bandasch* § 126 Anm. 1; *Baumbach-Duden* § 126 Anm. 1, § 335 Anm. 2; *Heun* § 126 Anm. 33; *J. v. Gierke* S. 208; *Hueck* (OHG) S. 213, 284 Anm. 2; ders. in Festschrift f. *H. Lehmann* (1937) S. 242 ff.; ders. (Ges. R.) S. 74; *Kamnitzer* § 126 Anm. I; *Koenigs S.* 85 f.; *Lang* S. 52 f.; *Lehmann* (Ges. R.) S. 121; *Paulick* S. 114; *Schlegelberger-Geßler* § 126 Anm. 8 und § 335 Anm. 28; *Weipert* in RGRK z. HGB § 126 Anm. 8, § 335 Anm. 38; *Würdinger I* S. 123.

Zur Vertretung der Gesamtheit der Gesellschafter sei der vertretungsberechtigte Gesellschafter aber befugt[19].

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß heute allgemein – trotz einiger Unterschiede in der Begründung – die Vertretungsmacht des vertretungsberechtigten Gesellschafters zur Aufnahme eines stillen Gesellschafters bejaht wird.

2. Die Aufnahme eines »atypischen« stillen Gesellschafters

Dagegen ist auch heute noch bestritten, ob der vertretungsberechtigte Gesellschafter im Namen seiner Gesellschaft mit einem Dritten ein »atypisches« stilles Gesellschaftsverhältnis eingehen kann.

Unter einer »atypischen« stillen Gesellschaft soll hier im Anschluß an die herrschende Meinung eine stille Gesellschaft verstanden werden, bei der der stille Gesellschafter wirtschaftlich Mitunternehmer ist, ihm also eine vom gesetzlichen Regelfall abweichende erweiterte Rechtsstellung eingeräumt ist[20]. Das kann einmal dadurch erreicht werden, daß ihm ein mehr oder weniger großer Einfluß auf die Geschäftsführung eingeräumt wird, indem ihm z. B. ein Widerspruchs-, Stimm- oder Weisungsrecht gewährt wird[21], zum andern auch dadurch, daß das Gesellschaftsvermögen schuldrechtlich als Gesamthandsvermögen behandelt wird[22]. Das letzte bedeutet, daß der stille Gesellschafter, z. B. im Falle der Auflösung und Auseinandersetzung der »atypischen« stillen Gesellschaft einen Anspruch darauf hat, so behandelt zu werden, als ob er gesamthänderisch an dem Gesellschaftsvermögen beteiligt wäre[23]. In der Praxis werden diese beiden Gestaltungsmöglichkeiten einer »atypischen« stillen Gesellschaft oft miteinander verbunden[24].

Koenigs will den Abschluß eines »atypischen« ebenso behandeln wie den eines normalen stillen Gesellschaftsvertrages[25]. Auch der »atypische« stille Gesellschafter trete nur zu der Gesellschaft als Gesamtheit der Gesellschafter und nicht zu den Gesellschaftern als Einzelpersonen in Rechtsbeziehungen. Der Gesellschaftsvertrag

---

19 *Hueck* (OHG) S. 213, 284 Anm. 2 wie schon in Festschrift f. *H. Lehmann (1937)* S. 242 ff.; neuestens auch *Koenigs* S. 85 f.; unter Geltung des ADHGB hatten schon *Hahn* Art. 250 § 5 Anm. 4 und *O. v. Gierke* (Gen. Th.) S. 583 darauf hingewiesen. Ebenso RGZ 170, 105; BGH LM Nr. 7 zu § 128 HGB.

20 *Koenigs* S. 87 mit weiteren Nachweisen; s. auch *Aulinger* S. 17 und *Paulick* S. 98 ff.

21 So BGHZ 8, 157 (160); *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 335 Anm. 25; *Weipert* in RGRK z. HGB § 335 Anm. 60.
Rasner S. 75 ff. (79) will nur in diesem Fall, wenn dem stillen Gesellschafter also gewisse Geschäftsführungsbefugnisse übertragen sind, von einer »atypischen« stillen Gesellschaft sprechen. Ob diese Einengung des Begriffs zutreffend ist, braucht hier nicht erörtert zu werden.
Hueck in Festschrift f. *H. Lehmann* S. 249 f. und *Paulick* S. 115 sprechen auch dann von einer »atypischen« stillen Gesellschaft, wenn dem stillen Gesellschafter ein Einfluß auf die Entziehung der Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis der Gesellschafter eingeräumt ist.

22 BGHZ 7, 174 (178); RGZ 126, 386 (390).

23 Eine dingliche (gesamthänderische) Berechtigung des stillen Gesellschafters selbst ist, wie sich aus § 335 HGB ergibt, nicht möglich. Die Einlage des stillen Gesellschafters muß in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts, hier der Personalhandelsgesellschaft, also in das Sondervermögen übergehen, ohne daß der stille Gesellschafter hieran unmittelbar beteiligt wird (s. RGZ 126, 390; BGHZ 7, 178; *Koenigs* S. 9 Anm. 31).

24 So auch in dem in BGHZ 8, 157 entschiedenen Fall.

25 S. 87.

der Personalhandelsgesellschaft bleibe unverändert bestehen. Die sich aus dem »atypischen« stillen Gesellschaftsvertrag ergebenden Verpflichtungen könne die Personalhandelsgesellschaft auch ohne rechtliche Änderung ihres Gesellschaftsvertrages erfüllen.

Nach *Aulinger* soll das nur für diejenige »atypische« stille Gesellschaft gelten, bei der der stille Gesellschafter lediglich schuldrechtlich am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist[26]. Nur in diesem Fall blieben die Grundlagen der Personalhandelsgesellschaft unberührt. Wenn dagegen der stille Gesellschafter auch an der Geschäftsführung der Personalhandelsgesellschaft teilhaben solle, dann bedürfe der Vertrag der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter. Der vertretungsberechtigte Gesellschafter sei zum Abschluß dieses Vertrages nicht ermächtigt. Zwar sei der stille Gesellschafter auch in diesem Falle immer nur Vertragspartner der Personalgesellschaft als Einheit und nicht des einzelnen Gesellschafters. Doch greife die stille Gesellschaft durch die Beteiligung an der Geschäftsführung unmittelbar in die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter der Personalgesellschaft untereinander ein. Das Stimmrecht des einzelnen Gesellschafters werde in seinem Gewicht herabgesetzt; seine Geschäftsführungsbefugnis verliere an Bedeutung, wenn sie nicht durch ein Weisungsrecht des stillen Gesellschafters sogar völlig ausgeschaltet werde. Aber auch ein bloßes Widerspruchsrecht bewirke, daß die Grundlagen der Gesellschaft berührt würden.

Nach einer dritten Ansicht schließlich soll der vertretungsberechtigte Gesellschafter in keinem Fall in der Lage sein, ohne Zustimmung seiner Mitgesellschafter einen »atypischen« stillen Gesellschafter aufzunehmen[27]. Hierdurch würden, auch wenn der stille Gesellschafter nur an dem Gesellschaftsvermögen und nicht auch an der Geschäftsführung beteiligt werde, die Grundlagen der Gesellschaft als solche berührt. Das komme aber einer Änderung des Gesellschaftsvertrages gleich, zu der der vertretungsberechtigte Gesellschafter nicht befugt sei.

Die Rechtsprechung hat sich, soweit ersichtlich, zu der Aufnahme eines »atypischen« stillen Gesellschafters noch nicht geäußert.

---

[26] S. 42 f.; ihm folgend *Rasner* S. 95 f. Anm. 37.

[27] *Hueck* in Festschrift f. *H. Lehmann* S. 249 f.; *Paulick* S. 115; *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3. a. E.; *Groß* in Betrieb 1950, 424; *Weipert* in RGRK z. HGB § 126 Anm. 8 mit allerdings wenig überzeugender Begründung:
»Ist der Dritte nur im Verhältnis nach außen stiller Gesellschafter, nach den Bestimmungen des mit ihm abgeschlossenen Vertrags im inneren Verhältnis aber den Gesellschaftern der offenen Handelsgesellschaft gleichgestellt, insbesondere am Gesellschaftsvermögen gesamthänderisch (!) beteiligt, so liegt nicht nur ein schuldrechtlicher Vertrag mit einem Dritten, sondern eine Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. BGB, wenn auch nur eine Innengesellschaft, vor. Diese kann nur von allen Gesellschaftern begründet werden. Der vertretungsberechtigte Gesellschafter ist zum Abschluß eines solchen Vertrages durch seine Vertretungsmacht nicht befugt.«
Wie *Weipert* selbst ausführt (§ 335 Anm. 16) ist eine gesamthänderische (dingliche) Beteiligung des stillen Gesellschafters am Gesamthandsvermögen begrifflich ausgeschlossen. (s. auch oben S. 15 Anm. 23. Die Tatsache allein, daß durch den Abschluß des »atypischen« stillen Gesellschaftsvertrages eine BGB-Gesellschaft entsteht, bietet keine Besonderheit, da auch die dem gesetzlichen Regelfall entsprechende stille Gesellschaft eine Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. BGB ist (so *Weipert* selbst § 335 Anm. 4). Hiermit kann also eine unterschiedliche Behandlung der stillen und der »atypischen« stillen Gesellschaft nicht begründet werden (so auch *Aulinger* S. 43 Anm. 141).

3. Die Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters oder eines Kommanditisten

Bei der Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters oder eines Kommanditisten sind, wie eingangs erwähnt wurde, ähnliche Abgrenzungsschwierigkeiten wie bei dem »atypischen« stillen Gesellschafter nicht aufgetreten. Spruchpraxis[28] und Schrifttum[29] haben von jeher übereinstimmend angenommen, daß sich die Vertretungsmacht des Gesellschafters hierauf nicht erstreckt. Auch der eine Verpflichtung zur Aufnahme begründende Vertrag soll nach herrschender Meinung[30] nicht von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht umfaßt sein.

Für diejenigen Autoren, die mit der älteren Rechtsprechung sogar die Vertretungsmacht zum Abschluß eines stillen Gesellschaftsvertrages verneinen[31], ist es wohl naheliegend, das gleiche für den Vertrag zur Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters oder eines Kommanditisten anzunehmen. Das übrige Schrifttum beruft sich meistens auf die Begründung des Reichsgerichts in seinem Urteil vom 14. 7. 1902[32]. Jede Personalgesellschaft, so führt das Reichsgericht dort aus, erfordere einen Gesellschaftsvertrag unter bestimmten Gesellschaftern. Wenn jemand einer Gesellschaft beitreten wolle, so müsse das unter sämtlichen Gesellschaftern vereinbart werden. Durch die Aufnahme eines Gesellschafters würden die inneren Beziehungen hinsichtlich des Anteils am Gesellschaftsvermögen sowie am Gewinn und Verlust auf eine neue Grundlage gestellt. Diese Veränderung der inneren Struktur verändere auch Sonderrechte einzelner Gesellschafter und könne nur unter allseitiger Zustimmung erfolgen. Nach § 126 HGB könne der vertretungsberechtigte Gesellschafter die Gesellschaft zwar in weitem Umfang binden, es sei jedoch nicht vorgesehen, daß er den grundlegenden Gesellschaftsvertrag durch Vereinbarung mit Dritten ohne Zuziehung der übrigen Gesellschafter abändern könne[33]. Daß das Gesetz eine positive Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter in diesem Falle voraussetze, ergebe sich auch aus §§ 108 Abs. 1, 161 Abs. 2, 162 Abs. 3 HGB, wonach der Beitritt eines neuen Gesellschafters von sämtlichen Gesellschaftern

---

28 RGZ 52, 161 (162 f.); 91, 412 (415); 128, 172 (176); 153, 371 (373); 162, 370 (374); BGHZ 26, 330 (333); OLG Düsseldorf Betrieb 1951, 443.

29 *Bandasch* § 126 Anm. 1; *Baumbach-Duden* § 126 Anm. 1 D; *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3; *J. v. Gierke* S. 208; *v. Gorski* S. 135; *Hämmerle* S. 399 f.; *Haupt-Reinhardt* S. 48; *Heun* § 126 Anm. 33; *Hill* S. 47; *Hueck* (OHG) S. 213; ders. (Ges. R.) S. 74; *Koenige-Teichmann-Koehler* § 126 Anm. 1; *Koenigs* S. 85 f.; *Lehmann* S. 120 f.; *Lehmann-Hoeniger* S. 254; *Müller-Erzbach* S. 203; *Renaud* (Comm. Ges.) S. 194; *Ritter* § 126 Anm. 2 b; *Schlegelberger-Geßler* § 126 Anm. 7; *Schumann* S. 185, 192; *Staub-Pinner* § 126 Anm. 2; *Weipert* RGRK z. HGB § 126 Anm. 7; *Wieland* S. 590; *Würdinger I* S. 123.

30 *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3.; *Hueck* (OHG) S. 213; *Schlegelberger-Geßler* § 126 Anm. 7; *Weipert* in RGRK z. HGB § 126 Anm. 7; a. A. RG JW 1921, 1239 mit zust. Anm. von *Pinner*.

31 S. oben S. 12 f.

32 RGZ 52, 162.

33 *Hueck* (OHG) S. 212 f. begründet dieses Ergebnis, worauf bereits oben S. 14 f. bei der Behandlung der stillen Gesellschaft hingewiesen wurde, damit, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter bei der Aufnahme eines neuen Gesellschafters nicht die Personalhandelsgesellschaft als Gesamtheit der Gesellschafter, sondern die Gesellschafter als Einzelpersonen vertrete. Hierzu sei er aber nicht ermächtigt.

zum Handelsregister angemeldet werden müsse. Dadurch solle gewährleistet werden, daß die Eintragung nur vorgenommen werde, nachdem alle Gesellschafter zugestimmt hätten.

II. Der Ausschluß eines Gesellschafters

In engem Zusammenhang hiermit steht die Frage, ob der vertretungsberechtigte Gesellschafter auf Grund seiner Vertretungsmacht einen Gesellschafter (persönlich haftenden oder Kommanditisten) aus der Gesellschaft ausschließen kann. Sie wird, soweit das Schrifttum angesichts der §§ 140 Abs. 1, 133 HGB hierauf überhaupt eingeht, übereinstimmend verneint, weil durch den Ausschluß eines Gesellschafters die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses verändert würden[34].

III. Die Beteiligung der Gesellschaft an einer anderen Gesellschaft

Bei dieser Fallgruppe handelt es sich nicht darum, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter einen Dritten in die Gesellschaft aufnimmt (s. dazu oben unter I.), sondern daß er die Gesellschaft ihrerseits an einer anderen Gesellschaft beteiligt. Der Sonderfall, daß die Personalhandelsgesellschaft hierbei als Einlage ihr Geschäft in die andere Gesellschaft einbringt, soll in anderem Zusammenhang unter IV. erörtert werden. Nach heute einhelliger Ansicht kann der vertretungsberechtigte Gesellschafter auf Grund seiner Vertretungsmacht die Gesellschaft ohne Zustimmung seiner Mitgesellschafter an einer anderen Gesellschaft beteiligen[35]. Zur Begründung wird auch hier darauf hingewiesen, daß an der neuen Gesellschaft nur die Personalgesellschaft als Gesamtheit der Gesellschafter, nicht aber die Gesellschafter als Einzelpersonen beteiligt würden. Durch dieses neue Gesellschaftsverhältnis würde der Gesellschaftsvertrag der Personalgesellschaft nicht berührt[36]. Als Beteiligungsformen werden im Schrifttum erwähnt: die Eingehung einer stillen[37], auch »atypischen« stillen[38] Gesellschaft, die Beteiligung an einer anderen Personalhandelsgesellschaft[39], an einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter

---

[34] *Bandasch* § 126 Anm. 1; *Baumbach-Duden* § 126 Anm. 1 D; *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3; *Heun* § 126 Anm. 33; *Kamnitzer* § 126 Anm. 1; wohl auch *Wieland I* S. 590; ebenso RGZ 162, 370 (374).

[35] A. A. noch *Baumbach-Duden* in der 8. Aufl. (1951) § 126 Anm. 2 C; *v. Gorski* S. 133 ff. (137 f.).

[36] So für die stille Gesellschaft *Hueck* in Festschrift f. *H. Lehmann* S. 250 und *Koenigs* S. 88.

[37] *Aulinger* S. 44; *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 335 Anm. 13; *Hueck* in Festschrift f. *H. Lehmann* S. 250; *Koenigs* S. 88; *Lehmann-Hoeniger* S. 291 Anm. 6; *Paulick* S. 116; *Rasner* S. 94 Anm. 28.

[38] *Aulinger* S. 44.

[39] *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3; *Weipert* § 126 Anm. 4.

Haftung[40], der Eintritt in ein Kartell oder ein Syndikat[41], eine Interessengemeinschaft[42] und einen Konzern[43].

IV. Die Veräußerung des gesellschaftlichen Handelsgeschäfts[44]

Bei der Erörterung dieser Frage wird meistens ungenau von der »Veräußerung des Handelsgeschäfts als ganzem« gesprochen[45]. Auf das Geschäft als ganzes kann sich nur der der Veräußerung zugrunde liegende schuldrechtliche Vertrag beziehen, der beispielsweise ein Kauf-, Tausch-, Schenkungs- oder Gesellschaftsvertrag sein kann, in dem die Einbringung des Handelsgeschäfts als Sacheinlage versprochen wird. Die Veräußerung selbst muß durch Einzelübertragung der zum Geschäfts-

---

40 *Baumbach-Duden* § 126 Anm. 1 D; (anders in der 8. Aufl. (1951) § 126 Anm. 2 C); *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3; *Hueck* (OHG) S. 213; *Koenige-Teichmann-Koehler* § 126 Anm. 1; *Koenigs* S. 87; *Lehmann* S. 121; *Schlegelberger-Geßler* § 126 Anm. 9; *Staub-Pinner* § 126 Anm. 2; *Weipert* in RGRK z. HGB § 126 Anm. 4; *Würdinger I* S. 123; KG in OLG 42, 195 f.
Diese Literaturstellen betreffen unmittelbar die Einbringung des Geschäfts der Personalhandelsgesellschaft in eine AG oder GmbH; sie sind aber auch hier einschlägig, weil die Einbringung des Geschäfts als Einlage voraussetzt, daß sich die Personalgesellschaft an der AG oder GmbH beteiligt.

41 *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3; *J. v. Gierke* S. 208; *Weipert* in RGRK z. HGB § 126 Anm. 4; *Wieland I* S. 590; *Würdinger I* S. 123.
Ein Kartell ist eine Vereinigung selbständiger Unternehmen zu dem Zweck, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen (vgl. § 1 GWB; *Lehmann* S. 348; *Hueck* (Ges. R.) S. 233; *Huber I* S. 284). Unter einem Syndikat ist ein besonders straff organisiertes Kartell mit Absatz- oder Einkaufszentralisation zu verstehen *(Lehmann* a. a. O. S. 349; *Huber I* S. 298). Während die einfacheren Kartelle häufig nur als BGB-Gesellschaft oder – bei nicht geschlossener Mitgliederzahl – als nicht rechtsfähiger Verein organisiert sind, sind Syndikate häufig in der Form einer Doppelgesellschaft aufgezogen. Der Absatz oder der Einkauf wird durch eine besondere Organgesellschaft (meistens eine AG oder GmbH) besorgt, der die Gemeinschaft der an dem Syndikat beteiligten Unternehmen in Form einer BGB-Gesellschaft oder eines nicht rechtsfähigen Vereins gegenüberstehen.
Zur Zulässigkeit derartiger Kartelle s. § 5 Abs. 3 GWB.

42 *Koenigs* S. 87 f.; *Weipert* in RGRK z. HGB § 126 Anm. 3; *Würdinger I* S. 123.
Eine Interessengemeinschaft ist eine gesellschaftliche Verbindung mehrerer Unternehmen (meistens in Form einer BGB-Gesellschaft) mit der Abrede, den Gewinn als Einheit zu behandeln und nach einem bestimmten Schlüssel zu verteilen *(Lehmann* S. 341). Möglich ist auch, daß neben der eigentlichen Interessengemeinschaft in der Form einer BGB-Gesellschaft noch eine geschäftsführende Organgesellschaft (meistens eine GmbH) gegründet wird.

43 *Weipert* § 126 Anm. 4.
Ein Konzern ist – in Anlehnung an die Legaldefinition des § 15 Abs. 1 Halbsatz 1 AktG – eine Zusammenfassung rechtlich selbständiger Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung. Ein Konzern liegt auch dann vor, wenn ein rechtlich selbständiges Unternehmen unter dem beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmens steht (§ 15 Abs. 2 AktG). Konzerne sind rechtlich vielfach als BGB-Gesellschaften oder auch als GmbH oder AG organisiert.
Der in der Legaldefinition des § 15 AktG enthaltene Konzernbegriff wird auch über das Aktienrecht hinaus auf anderen Gebieten des Privatrechts in gleichem Sinne verwendet *(Hueck* (Ges. R.) S. 231).

44 Der Fall, daß mit der Veräußerung zugleich das Recht zur Fortführung der Gesellschaftsfirma eingeräumt wird, wird hier nicht behandelt. Dazu s. unter V.

45 *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3; *Schlegelberger-Geßler* § 126 Anm. 9.

vermögen gehörenden Gegenstände in den für sie geltenden Formen erfolgen[46]. In der Literatur ist meistens nur von der Veräußerung, nicht aber von dem ihr zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrag die Rede. Aus dem Zusammenhang kann aber entnommen werden, daß sich die Darlegungen nicht auf die Veräußerung, das Leistungsvollzugsgeschäft, beschränken sollen[47].

Spruchpraxis[48] und Schrifttum[49] vertreten mit Ausnahme weniger Gegenstimmen die Meinung, daß sich die Vertretungsmacht des vertretungsberechtigten Gesellschafters in der Regel auch auf die Veräußerung des der Gesellschaft gehörenden Handelsgeschäfts und den ihr zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrag bezieht.

Die Vertreter der Gegenansicht lehnen die Vertretungsmacht zur Veräußerung des Gesellschaftsgeschäfts aus unterschiedlichen Gründen ab. Behrend[50] will die Vertretungsmacht nicht auf die Veräußerung des Handelsgeschäfts ausdehnen, weil es sich hierbei um ein Geschäft handele, bei dem sich der Vertragspartner sagen müsse, daß es unmöglich dem Betrieb des Gesellschaftsgeschäfts dienen könne, er also nicht schützwürdig sei[51]. Nach *Glünicke*[52] soll der vertretungsberechtigte Gesellschafter deshalb nicht zur Veräußerung des Handelsgeschäfts in der Lage sein, weil diese Maßnahme unmittelbar die Gesellschaft auflöse[53]. Die Auflösung der Gesellschaft könne nicht in das Ermessen des vertretungsberechtigten Gesellschafters gestellt sein. O. *v. Gierke* argumentiert, bei der Veräußerung des Geschäfts würden die einzelnen Gesellschafter, nicht aber die Gesellschaft vertreten[54]. Hierzu sei der vertretungsberechtigte Gesellschafter aber nicht befugt. *Baumbach-Duden* schließlich wandten in früheren Auflagen ein, die Veräußerung des Handelsgeschäfts wie auch die Einbringung in eine andere Gesellschaft verändere den Gesellschaftsvertrag. Daher müßten hierbei alle Gesellschafter mitwirken[55].

---

[46] Vgl. *J. v. Gierke* S. 84, 86; *Würdinger* in RGRK z. HGB § 22 Anm. 11 und 25.
Sachen sind nach §§ 929 ff. BGB, Grundstücke nach §§ 873, 925 BGB, Forderungen nach §§ 398 ff. BGB zu übertragen. In den geschäftlichen Tätigkeitsbereich ist der Erwerber in entsprechender Anwendung des § 929 BGB einzuweisen.

[47] So z. B. die in Note 45) Zitierten. *Baumbach-Duden* (8. Aufl.) § 126 Anm. 2 C wiederum erwähnen nur den schuldrechtlichen Vertrag (Kauf).

[48] KG OLG 42, 195 (196); s. auch RG JW 1906, 477 (478).

[49] *Aulinger* S. 44; *Baumbach-Duden* (16. Aufl.) § 126 Anm. 1 D; *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3; *v. Gorski* S. 132; *Hueck* (OHG) S. 213; *Koenige-Teichmann-Koehler* § 126 Anm. 1; *Koenigs* S. 87; *Lehmann* (Ges. R.) S. 121; *Lehmann-Ring* § 126 Anm. 7; *Müller-Erzbach* S. 203; *Renaud* (Comm. Ges.) S. 367; *Ritter* § 126 Anm. 2 b; *Schlegelberger-Geßler* § 126 Anm. 9; *Staub-Pinner* § 126 Anm. 2; *Staub* Art. 114 § 1; *Weipert* in RGRK z. HGB § 126 Anm. 3; *Wieland I* S. 591.
Hierher gehören auch die auf S. 19 in Anm. 40) Genannten, weil auch die Einbringung eine Veräußerung des Geschäfts darstellt. Nur der der Veräußerung zugrunde liegende schuldrechtliche Vertrag ist hier nicht – wie im Regelfall – ein Kaufvertrag, sondern ein Gesellschaftsvertrag.

[50] *Behrend I*, 1 S. 508 Anm. 6.

[51] Hiergegen schon *Staub* Art. 114 § 1; *v. Gorski* S. 132.

[52] ZHR 36 (NF 21), 351 (353).

[53] Ebenso *Hill* S. 47; OHG ÖJZ 1957, 387.

[54] Gen. Th. S. 583 f. .

[55] 8. Aufl. (1951) § 126 Anm. 2 C; ebenso *Bandasch* § 126 Anm. 1 und *Kamnitzer* § 126 Anm. 1, der sich zu Unrecht auf RGZ 162, 370 beruft. Auf diese Entscheidung wird unter VII, 3 auf S.24 f. eingegangen.

Die Vertreter der herrschenden Meinung weisen demgegenüber darauf hin, daß die Veräußerung des Geschäfts nicht notwendig die Gesellschaft auflöse. Das Geschäft könne in der Absicht verkauft werden, ein neues zu beginnen oder ein bereits bestehendes zu erwerben[56]. Deshalb werde hierdurch auch nicht die »rechtliche Organisation der Gesellschaft berührt[57]. Die Vertretungsmacht des Prokuristen umfasse zwar nicht die Veräußerung des Handelsgeschäfts, weil das kein Rechtsgeschäft sei, das »der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringe« (§ 49 HGB). Für die Vertretungsmacht des Gesellschafters bestehe aber diese Beschränkung nicht. Wenn der Gesellschafter die Macht habe, so führt *Flechtheim*[58] aus, das Geschäft mit einem Federstrich zu ruinieren, dann könne man ihm auch die Macht anvertrauen, es zu veräußern.

Nach einigen Autoren soll die Vertretungsmacht zur Veräußerung des Handelsgeschäfts allerdings dann entfallen, wenn mit der Veräußerung der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft endgültig eingestellt sein würde; denn damit würde der Gesellschaftsvertrag geändert und die Handelsgesellschaft beendigt werden (§ 105 HGB)[59]. Diese Einschränkung lehnen andere wieder ausdrücklich ab. Die Vertretungsmacht umfasse in jedem Fall auch die Veräußerung des Handelsgeschäfts, selbst wenn dadurch im Einzelfall »die Gesellschaft wirtschaftlich betrachtet beendigt« werde[60] oder, wie *Renaud* formuliert[61], »mittelbar das Ende der Gesellschaft« herbeigeführt werde.

V. Die Änderung der gesellschaftlichen Firma

1. Die vertragliche Änderung der Firma

Nach einhelliger Ansicht ist der vertretungsberechtigte Gesellschafter auf Grund seiner Vertretungsmacht nicht in der Lage, die Firma der Gesellschaft zu ändern, weil die Firma notwendiger Bestandteil der Gesellschaft sei und der Gesellschaftsvertrag nur von allen Gesellschaftern geändert werden könne[62]. Demgemäß

---

56 *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3; *Hueck* (OHG) S. 213.

57 *Schlegelberger-Geßler* § 126 Anm. 9.

58 a. a. O.

59 *Ritter* § 126 Anm. 2; ebenso *Lehmann* (Ges. R.) S. 121, der sich allerdings zu Unrecht auf einen Beschluß des KG vom 23. 6. 1922 in OLG 42, 195 (196) beruft. Hier heißt es im Gegenteil: »Ein Akt der Vertretung liegt vor, wenn auch die von P. (Komplementär der KG) abgegebenen Erklärungen (Einbringung des Geschäfts der KG in eine AG) wirtschaftlich betrachtet die Gesellschaft beendigt haben.«
Schlegelberger-Geßler § 126 Anm. 9: »Auf Grund seiner Vertretungsmacht kann daher ein Gesellschafter das Geschäft in eine AG oder GmbH einbringen, immer vorausgesetzt, daß dadurch nicht zugleich die Auflösung der Gesellschaft bewirkt wird.«
Weipert in RGRK z. HGB § 126 Anm. 5: »Die vertretungsberechtigten Gesellschafter dürfen keine Handlung vornehmen, die die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat . . .«

60 KG OLG 42, 195 (196).

61 *Renaud* (Comm. Ges.) S. 367; ebenso *v. Gorski* S. 133; *Koenige-Teichmann-Koehler* § 126 Anm. 1, nach denen die Vertretungsmacht sich auf die Stillegung des von der Gesellschaft betriebenen Geschäfts bezieht; wohl auch *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3.

62 *Bandasch* § 126 Anm. 1; *Baumbach-Duden* § 126 Anm. 1 D; *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3; *Hämmerle* S. 400; *Hill* S. 47; *Lehmann-Hoeniger* S. 254; *Ritter* § 126 Anm. 2 b; *Schlegelberger-Geßler* § 126 Anm. 7; BGH LM Nr. 1 zu § 126 HGB.

bestimme das Gesetz auch in den §§ 107, 108 Abs. 1 HGB, daß Änderungen der Firma von sämtlichen Gesellschaftern beim Handelsregister angemeldet werden müssen[63].

2. Die Übertragung der Firma

Als Firmenänderung, die nicht in den Bereich der Vertretungsmacht fällt, wird auch die Veräußerung der Firma[64] zusammen mit dem Handelsgeschäft (§ 23 HGB) angesehen[65].

Die Übertragung der Firma bewirke eine unmittelbare Änderung des Gesellschaftsvertrages, die nur alle Gesellschafter gemeinsam durchführen könnten[66]. Hierdurch verliere die Gesellschaft ihre Firma, die in dem Gesellschaftsvertrag festgelegt sei. Sie müsse, um als werbendes Unternehmen fortbestehen zu können, eine andere Firma annehmen[67].

3. Die Übertragung der Firma in der Liquidation

In diesem Zusammenhang sei erwähnt, daß die herrschende Meinung auch dann, wenn das Handelsgeschäft der Gesellschaft in der Liquidation von den Liquidatoren mit der Firma veräußert wird, die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter verlangt[68]. Das Reichsgericht hat hier allerdings nicht darauf abgestellt, daß die Firmenveräußerung eine Änderung des Gesellschaftsvertrages bewirke, sondern darauf, daß jeder Gesellschafter, auch wenn sein bürgerlicher Name nicht in der Firma enthalten sei, ein Persönlichkeitsrecht an der Firma habe, in das einzugreifen der Liquidator nicht befugt sei[69]. Die Gegenansicht verlangt – ähnlich wie bei der Veräußerung der Firma durch den Konkursverwalter[70] – die Zustimmung der Gesellschafter nur dann, wenn ihr bürgerlicher Name Bestandteil der Firma ist[71].

---

[63] BGH a. a. O..

[64] Nach Ansicht des Reichsgerichts wird nicht die Firma selbst übertragen, sondern es wird einem Dritten nur das Recht zu ihrem Gebrauch unter Verzicht auf die eigene Weiterbenutzung bewilligt (RGZ 107, 31 (33); so auch KG JFG 7, 198 (203).

[65] *Baumbach-Duden* § 126 Anm. 1 D; *J. v. Gierke* S. 208; *Haupt-Reinhardt* S. 48; *Hueck* (OHG) S. 213; *Koenigs* S. 87; *Renaud* (Comm. Ges.) S. 190; *Würdinger I* S. 123; und die in den Anm. 66) und 67) Zitierten.

[66] *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3; *Koenige-Teichmann-Koehler* § 126 Anm. 1; *Paulick* S. 116; *Schlegelberger-Geßler* § 126 Anm. 9; *Staub-Pinner* § 126 Anm. 2; wohl auch *Ritter* § 126 Anm. 2 b und *Wieland I* S. 591 Anm. 29.

[67] *Aulinger* S. 45; *Weipert* in RGRK z. HGB § 126 Anm. 6.

[68] RGZ 158, 226 (230); KG LZ 1910, Sp. 60 mit Anm. von *Meyer; Hueck* (OHG) S. 366 Anm. 48; *Schlegelberger-Geßler* § 149 Anm. 11; *Staub-Pinner* § 149 Anm. 32; *Weipert* in RGRK z. HGB § 149 Anm. 20.

[69] RGZ 158, 226.

[70] S. dazu BGH NJW 1960, 1008; aber auch KG NJW 1961, 833 (für die GmbH).

[71] *Adler* ZHR 85, 138 ff.; *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 149 Anm. 12; *Ritter* § 149 Anm. 5 und § 22 Anm. 12; *Makower* (13. Aufl.) § 149 Anm. II c.

VI. Die Sitzverlegung der Gesellschaft

Als Änderung des Gesellschaftsvertrages, die nicht in den Rahmen der Vertretungsmacht des vertretungsberechtigten Gesellschafters falle, wird auch die Verlegung des Sitzes der Personalhandelsgesellschaft angesehen[72]. Die Sitzverlegung, eine nach §§ 107, 108 Abs. 1 HGB von allen Gesellschaftern anzumeldende Tatsache, setze zu ihrer Wirksamkeit, soweit nichts anderes vereinbart sei, einen einstimmigen (§ 119 Abs. 1 HGB) Gesellschaftsbeschluß *und* dessen tatsächlichen Vollzug voraus[73]. Der Bundesgerichtshof hat neuerdings bezweifelt, daß eine Verlegung des Sitzes der Gesellschaft einen Gesellschafterbeschluß erfordert[74]. Er geht mit der überwiegenden Ansicht[75] davon aus, daß die Gesellschafter einer Personalhandelsgesellschaft, anders als die einer Kapitalgesellschaft (§§ 24 BGB, 5, 16 Abs. 3 Nr. 1 AktG), den Sitz ihrer Gesellschaft nicht frei im Gesellschaftsvertrag bestimmen können. Der Sitz der Personalhandelsgesellschaft richte sich vielmehr, unabhängig von einer möglichen Bestimmung im Gesellschaftsvertrag und auch unabhängig davon, ob er im Handelsregister eingetragen sei, allein danach, an welchem Ort die Verwaltung des Gesellschaftsunternehmens tatsächlich geführt werde. Er werde also durch einen Umstand rein tatsächlicher Art und unabhängig von einer dahingehenden Willensrichtung der Gesellschafter bestimmt. Bei dieser Rechtslage liege es nahe, die Sitzverlegung ausschließlich davon abhängig zu machen, daß die Verwaltung des Unternehmens an einen anderen Ort verlegt ist.

VII. Die Auflösung der Gesellschaft und die Regelung der Auseinandersetzung

1. Die Auflösung der Gesellschaft

Nach einhelliger Ansicht kann der vertretungsberechtigte Gesellschafter auf Grund seiner Vertretungsmacht die Gesellschaft nicht auflösen[76].

Die Auflösung verändere die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses und betreffe das innere Verhältnis der Gesellschafter zueinander[77]. Sie könne, wenn

---

72 *Weipert* in RGRK z. HGB § 107 Anm. 2 und § 126 Anm. 6; *Hill* S. 47; *Lehmann, K.* S. 89; *Lehmann-Hoeniger* S. 254: durch Änderung des Sitzes werde das Bestehen der Gesellschaft in Frage gestellt.

73 *Weipert* a. a. O. § 107 Anm. 2; LG München in Rspr. Deutscher Gerichte II S. 78 Nr. 452 (nur Leitsatz).

74 BB 1957, 799; ihm folgend *Baumbach-Duden* § 105 Anm. 6 D.

75 *Baumbach-Duden* § 105 Anm. 6 B; *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 106 Anm. 3; *J. v. Gierke* S. 188 f.; *Haupt-Reinhardt* S. 45; *Hueck* (OHG) S. 74 f.; *Lehmann* S. 106; *Schlegelberger-Geßler* § 106 Anm. 3; *Staub-Pinner* § 106 Anm. 4; *Weipert* in RGRK z. HGB § 106 Anm. 2; KG OLG 22, 2; 42, 214 (Anm. 1 a, 2. Leitsatz); KG WM 1955, 892. *A. A.: Brand* § 106 Anm. 1 c; *Wieland* S. 172 Note 51.

76 *Bandasch* § 126 Anm. 1; *Baumbach-Duden* § 126 Anm. 1 D; *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3; *O. v. Gierke* (Gen. Th.) S. 583 Anm. 5; *v. Gorski* S. 139; *Heun* § 126 Anm. 33; *Hill* S. 47; *Kamnitzer* § 126 Anm. 1; *Lehmann-Hoeniger* S. 254; *Renaud* S. 369; *Weipert* in RGRK z. HGB § 126 Anm. 5; RGZ 162, 370 (374) und die in Anm. 59) Zitierten.

77 *Baumbach-Duden* § 126 Anm. 1 D.

sie nicht infolge Kündigung oder gerichtlicher Entscheidung eintrete, nur auf Grund eines Beschlusses der Gesellschafter erfolgen (§ 131 Nr. 2 HGB)[78].

Das gleiche gelte bei einer auf bestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft für eine Verlängerung über die vertragsmäßig festgesetzte Zeit hinaus[79]. In beiden Fällen werde nicht die Gesellschaft als formelle Einheit, sondern die Gesellschafter als Einzelpersonen vertreten, wozu der vertretungsberechtigte Gesellschafter nicht befugt sei[80].

2. Der Empfang der Kündigungserklärung

Nach heute einhelliger Auffassung in Schrifttum[81] und Rechtsprechung[82] ist der vertretungsberechtigte Gesellschafter auch nicht zur passiven Vertretung beim Zugang der Kündigungserklärung befugt, durch welche die Gesellschaft aufgelöst werden soll. Die Gesellschaft sei nur »Objekt der Kündigung«. Partei des zu kündigenden Gesellschaftsverhältnisses seien die einzelnen Gesellschafter[83]. Deshalb sei die Kündigungserklärung allen Gesellschaftern gegenüber abzugeben[84]. Die gleiche Auffassung wird bei der Kündigung der Gesellschaft durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters vertreten (§ 135 HGB)[85].

3. Die Regelung der Auseinandersetzung

In seinem Urteil vom 20. 12. 1939[86] hat sich das Reichsgericht mit der Frage beschäftigt, ob der vertretungsberechtigte Gesellschafter ohne Zustimmung seiner Mitgesellschafter eine vom Gesetz abweichende Art der Abwicklung herbeiführen kann.

---

78 *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3; *v. Gorski* S. 139; *Hill* S. 47; *Weipert* in RGRK z. HGB § 126 Anm. 5.

79 *v. Gorski* S. 139; *Hill* S. 47; *Lehmann-Ring* § 126 Anm. 6; *Renaud* S. 370 f.; ROHG 5, 393.

80 So schon *Renaud* a. a. O.

81 *Baumbach-Duden* § 132 Anm. 2 B; *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3; *Düringer-Hachenburg-Geiler* Allg. Einl. Anm. 231; *Hämmerle* S. 441; *Hueck* (OHG) S. 213, 263; *Schlegelberger-Geßler* § 132 Anm. 8; *Staub-Pinner* § 132 Anm. 5; *Weipert* in RGRK z. HGB § 132 Anm. 3. In gleicher Weise für das ADHGB: *Behrend* S. 541 Anm. 11; *Gareis-Fuchsberger* Art. 124 Anm. 162 Fußn. 1; *O. v. Gierke* (Gen. Th.) S. 525 Anm. 2; *Makower* Art. 124 Anm. 7; *Puchelt* Art. 124 Anm. 5; *Staub* Art. 124 § 3.

82 RGZ 21, 93 (95); RG JW 1904, 543; BGH LM Nr. 7 zu § 142 HGB; für die BGB-Gesellschaft: OLG Kiel OLG 9, 12 und OLG Braunschweig OLG 20, 30.

83 S. BGH a. a. O.; *Hueck* (OHG) S. 263.

84 Sie soll aber auch dann wirksam sein, wenn sie dem vertretungs- oder geschäftsführungsberechtigten Gesellschafter gegenüber abgegeben wird und dieser sie innerhalb der Kündigungsfrist an die übrigen Gesellschafter weiterleitet. Vgl. *Hueck* (OHG) S. 263; *Schlegelberger-Geßler* § 132 Anm. 8; *Weipert* in RGRK z. HGB § 132 Anm. 3; RGZ 21, 93 (95); a. A. *Düringer-Hachenburg-Geiler* Allg. Einl. Anm. 231, die die Kündigung nur dann als wirksam ansehen wollen, wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter die bei ihm eingegangene Kündigung weiterbefördern wolle; wenn er dagegen die an die Gesellschaft gerichtete Kündigung als unwirksam ansehe und er die übrigen Gesellschafter nur hiervon informieren wolle, dann solle die Auflösung auf Grund einer solchen Kündigung nicht eintreten.

85 *Hueck* (OHG) S. 268; *Schlegelberger-Geßler* § 135 Anm. 10; *Weipert* in RGRK z. HGB § 135 Anm. 17; a. A. *Anschütz-von Völderndorff* Art. 126 Anm. II.

86 RGZ 162, 370 (374).

Die alleinvertretungsberechtigte Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft hatte einem Dritten das ganze Vermögen der Gesellschaft gegen die Verpflichtung übertragen, das Gesellschaftsvermögen im Interesse und für Rechnung aller Gesellschafter in Verwahrung zu nehmen, zu verwalten und den sich bei der Verwertung ergebenden Erlös so aufzuteilen, »als wenn die Gesellschaft gemäß §§ 145 ff. HGB regelrecht liquidiert worden wäre«. Der Dritte machte nun eine Schadensersatzforderung geltend, die der Gesellschaft bereits vor der Übertragung des Gesellschaftsvermögens gegen einen ehemaligen Angestellen zugestanden haben sollte.

Das Reichsgericht hat die Klage des Dritten abgewiesen, weil die Gesellschafterin bei Abschluß des ganzen Vertrages nicht mehr im Rahmen ihrer Vertretungsmacht gehandelt habe und deshalb auch die Abtretung der Schadensersatzforderung unwirksam sei[87]. Zur Begründung beruft es sich auf die herrschende Meinung, nach der die Vertretungsmacht dort ihre Grenze finde, wo die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses in Frage stünden, vor allem, wo der Gesellschaftsvertrag geändert werden solle. Vertragliche Grundlage sei in diesem Fall auch die Abwicklung nach §§ 145 ff. HGB[88]. Durch den Vertrag mit dem Dritten hätten die übrigen Gesellschafter um ihre ihnen nach dem Gesetz bei der Abwicklung zustehenden Mitbestimmungs- und Mitverwaltungsrechte gebracht werden sollen. Ein solcher Vertrag halte sich nicht mehr im Rahmen der Vertretungsmacht des alleinvertretungsberechtigten Gesellschafters. Hervorzuheben ist, daß das Reichsgericht die Abtretung der Forderung nicht etwa deshalb für unwirksam gehalten hat, weil die Gesellschafterin das ganze Gesellschaftsvermögen übertragen wollte[89], sondern allein deshalb, weil sie durch die Übertragung eine vom Gesetz abweichende Art der Abwicklung herbeiführen wollte.

VIII. Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht

Soweit das Schrifttum sich im Hinblick auf die §§ 117, 127 HGB überhaupt mit der Frage befaßt, wird übereinstimmend angenommen, daß die Vertretungsmacht sich nicht auf die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht bezieht[90]. Auch diese Maßnahme betreffe das innere Verhältnis der Gesellschafter zueinander und berühre die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses[91].

---

87 Das Gericht differenziert hierbei nicht zwischen schuldrechtlichem Vertrag und Leistungsvollzugsgeschäft. S. auch oben S. 19 f.

88 In dem Gesellschaftsvertrag der OHG war die Abwicklung nicht geregelt.

89 So unrichtig *Kamnitzer* § 126 Anm. I und *Fischer* in RGRK z. BGB § 714 Anm. 6 a. E.

90 *Bandasch* § 126 Anm. 1; *Baumbach-Duden* § 126 Anm. 1 D; *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3; *J. v. Gierke* (Ha. R.) S. 208; *Haupt-Reinhardt* S. 48; *Heun* § 126 Anm. 33; *Kamnitzer* § 126 Anm. I; *Lehmann* (Ges. R.) S. 120 f.; *Wieland I* S. 590 f.; *Würdinger I* S. 123; auch BGHZ 17, 392 (396).

91 *Baumbach-Duden* a. a. O.

IX. Die Kündigung des Dienstverhältnisses eines Prokuristen und der Widerruf einer Prokura

Besonderes Interesse verdient eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 20. 10. 1960[92], die sich auch mit der Problematik der Veränderung der gesellschaftlichen Grundlage befaßt.

In dem Gesellschaftsvertrag einer aus einem Komplementär und einer Kommanditistin bestehenden Kommanditgesellschaft war der Kommanditistin das Recht eingeräumt worden, »daß ihr Ehemann oder eine andere Person ihres Vertrauens, möglichst ein Mitglied ihrer Familie, in die Geschäftsführung der Firma als Prokurist eintritt«. Der Ehemann der Kommanditistin wurde daraufhin in dem Betrieb der Gesellschaft als Prokurist angestellt. Als es später zu Streitigkeiten zwischen ihm und dem Komplementär kam, kündigte der Komplementär das Arbeitsverhältnis fristlos.

Das Bundesarbeitsgericht hat diese Kündigung nicht als wirksam angesehen, weil die Kommanditistin ihr nicht zugestimmt habe. Trotz seiner unbeschränkten und unbeschränkbaren Vertretungsmacht sei der Komplementär in diesem Fall nicht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses ermächtigt gewesen. Abschluß und Kündigung der Verträge mit Angestellten der Gesellschaft seien zwar in aller Regel Geschäfte, auf die sich die Vertretungsmacht des Komplementärs nach §§ 170, 126 HGB erstrecke. Das schließe aber nicht aus, daß in einem besonders liegenden Fall wie hier die gegenüber dem Prokuristen ausgesprochene Kündigung eine Handlung sei, welche die innere Organisation der Gesellschaft berühre und deshalb zu ihrer Wirksamkeit der Mitwirkung aller Gesellschafter, also auch der Kommanditistin, bedürfe. Nach dem Sinn und Zweck des Gesellschaftsvertrages habe der Kommanditistin mehr als eine bloß mittelbare Beteiligung an der Geschäftsführung durch Kontrollrechte eingeräumt werden sollen. Sie sollte über den Prokuristen an der Geschäftsführung selbst beteiligt sein. Die Stellung eines derartigen Prokuristen, der für die Kommanditistin bei der Geschäftsführung tätig werde, beruhe auf dem Gesellschaftsvertrag und könne nur durch gemeinsames Vorgehen beider Gesellschafter beseitigt werden. Denn der Widerruf der Anstellung sei ebenso wie die Anstellung des Prokuristen eine Handlung, die den Inhalt des Gesellschaftsvertrages betreffe und mithin die im Gesellschaftsvertrag der Kommanditistin eingeräumten Rechte unmittelbar berühre. So gesehen sei der Prokurist, obwohl er selbst nicht Gesellschafter sei, gegenüber der Gesellschaft in Wahrheit gar nicht Dritter i. S. der §§ 126 Abs. 2, 170 HGB. § 126 Abs. 2 HGB bezwecke mit der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht den Schutz Dritter. Diese Vorschrift würde aber bei der besonderen Interessenlage der Parteien den Prokuristen nicht schützen, sondern ihn einer unerwünschten Kündigung aussetzen.

Diese Entscheidung hat im Schrifttum geteilte Aufnahme gefunden.

Lehmann befürwortet sie und entnimmt ihr folgendes Ergebnis[93]:

---

[92] BAGE 10, 122 = AP Nr. 1 zu § 164 HGB.

[93] In SAE 1961, 55.

Der in § 126 Abs. 2 ausgesprochene Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht der Gesellschafter gelte nicht, soweit es sich um Maßnahmen der Geschäftsführung handele, die zugleich die innere Organisation der Gesellschaft in einem wesentlichen Punkt berühren.

Hueck dagegen hält die Entscheidung für bedenklich[94]. Er ist der Ansicht, daß der Komplementär auf Grund seiner Vertretungsmacht in der Lage war, das Arbeitsverhältnis des Prokuristen auch ohne Zustimmung der Kommanditistin zu kündigen, und verweist auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27. 6. 1955[95]. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt war dem Kommanditisten selbst im Gesellschaftsvertrag Prokura erteilt worden. Wegen Meinungsverschiedenheiten hatte der Komplementär ihm die Prokura wieder entzogen. Hier hatte der Bundesgerichtshof ausgesprochen, daß im Innenverhältnis die dem Kommanditisten erteilte Prokura nur aus wichtigem Grund widerrufen werden dürfe, daß aber im Außenverhältnis der Widerruf auch dann wirksam sei, wenn ein wichtiger Grund nicht vorgelegen habe. Der Widerruf einer Prokura falle in den Rahmen der gesetzlichen Vertretungsbefugnis eines persönlich haftenden Gesellschafters. Diese Vertretungsbefugnis könne in ihrem Umfang nicht vertraglich eingeschränkt werden. Hueck meint, daß das, was für den Widerruf der Prokura gelte, entsprechend auch für die damit in engstem Zusammenhang stehende Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Prokuristen zutreffen müsse. Auch stelle die Entziehung der Prokura oder die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht eine Maßnahme der inneren Organisation dar, die Sonderrechte der Kommanditisten beeinträchtige und deshalb von der Vertretungsmacht des Komplementärs nicht gedeckt sei. Der Kommanditistin werde das ihr im Gesellschaftsvertrag eingeräumte Recht, durch ihren Ehemann oder eine andere Person ihres Vertrauens bei der Geschäftsführung vertreten zu sein, nicht genommen. Wenn ihr Ehemann nicht mehr als Prokurist für die Gesellschaft tragbar sei, dann könne sie verlangen, daß eine andere Person ihres Vertrauens von der Gesellschaft als Prokurist angestellt werde.

Mit dem Widerruf einer Prokura durch einen alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter hatte sich bereits das Reichsgericht in seinem Urteil vom 27. 1. 1940[96] beschäftigt, dessen Sachverhalt ähnlich gelagert war wie der des Bundesarbeitsgerichts. Hier war dem Ehemann einer von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafterin einer OHG Prokura erteilt worden. Die Bestellung war bereits im Gesellschaftsvertrag vorgesehen. Sie sollte abweichend von § 116 Abs. 3 Satz 2 HGB nur durch einstimmigen Beschluß aller Gesellschafter, auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen, und nur aus wichtigem Grund (anders als in § 52 HGB) widerrufen werden können. Ohne Beachtung dieser vertraglichen Vereinbarungen erklärte der alleinvertretungsberechtigte Gesellschafter den Widerruf der Prokura.

Das Reichsgericht hat hier ebenso wie der Bundesgerichtshof in dem oben

---

[94] Anm. zu AP Nr. 1 zu § 164 HGB.
[95] BGHZ 17, 392 (396).
[96] RGZ 163, 35.

erwähnten Urteil den Widerruf im Außenverhältnis als wirksam angesehen und den gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen nur Bedeutung für das Innenverhältnis beigemessen[97].

X. Allgemeine Zusammenfassung

Wie die bisherigen Darlegungen gezeigt haben, stimmen Schrifttum und Rechtsprechung im Ausgangspunkt darin überein, daß die Vertretungsmacht des Gesellschafters nicht, wie zunächst aus § 126 HGB entnommen werden könnte, völlig unbeschränkt ist. Nicht eindeutig geklärt ist allerdings, wo ihre Grenzen im Einzelfall verlaufen. Während in einigen Fragenbereichen, wie der Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters oder eines Kommanditisten, des Ausschlusses eines solchen Gesellschafters, der Auflösung der Gesellschaft, von jeher Einigkeit bestand oder, wie bei der Aufnahme eines stillen Gesellschafters, mindestens im Laufe der Zeit erzielt worden ist, gehen in anderen auch heute noch die Meinungen auseinander. Zu der letzten Gruppe gehören die Aufnahme eines »atypischen« stillen Gesellschafters, die Veräußerung des Handelsgeschäfts der Gesellschaft im ganzen, die Kündigung eines Dienstverhältnisses eines Dritten in besonders gelagerten Fällen etc.

Die Begründungen, die für die Begrenzung der Vertretungsmacht gegeben werden, lassen sich im wesentlichen in zwei Gruppen einteilen.

Die einen bringen vor, der Gesellschafter sei nach den §§ 125, 126 HGB nur zur Vertretung der Gesellschaft als Gesamtheit der Gesellschafter, nicht aber der Gesellschafter als Einzelpersonen berechtigt. Er könne deshalb für die anderen Gesellschafter keine Verpflichtungen begründen, die sie »außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses« erfüllen müßten. Deshalb erstrecke sich die Vertretungsmacht nicht auf die Beziehungen der Gesellschafter zueinander, vor allem nicht auf die Änderungen des Gesellschaftsvertrages[98].

Die anderen führen an, die Vertretungsmacht des Gesellschafters finde ihre Grenze dort, wo die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses in Frage stünden. Sie beziehe sich daher nicht auf solche Geschäfte, die das innere Verhältnis der Gesellschafter beträfen, vor allem wenn es sich darum handele, den Gesellschaftsvertrag zu ändern[99].

Beide Begründungen werden von den einzelnen Autoren und Gerichten mehr oder weniger abgewandelt und auch miteinander vermischt.

---

[97] So auch schon RG vom 26. 5. 1880 in RGZ 2, 30 (35).

[98] So vor allem *Hueck* (OHG) S. 212 f.; *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3; *Wieland I* S. 589 ff..

[99] BGH LM Nr. 1 zu § 126 HGB; RGZ 162, 370 (374); *Baumbach-Duden* § 126 Anm. 1 D.

§ 3. »Die Vertretungsmacht berechtigt nur zur Vertretung der Gesellschaft' nicht der Gesellschafter«

I. Die Rechtskreise der Gesellschaft und der Gesellschafter und ihr Verhältnis zueinander

Die erste Begründung geht mit dem Wortlaut der §§ 125, 126 HGB zutreffend davon aus, daß die gesellschaftliche Vertretungsmacht nur das Recht verleiht, mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft rechtsgeschäftlich zu handeln. § 125 Abs. 1 HGB spricht von der Vertretung der *Gesellschaft*. Nur sie, nicht aber die einzelnen Gesellschafter, kann der vertretungsberechtigte Gesellschafter berechtigen und verpflichten, nur über ihr Vermögen kann er verfügen, nur ihre Rechte kann er Dritten gegenüber geltend machen. Hierbei ist es gleichgültig, ob man die gesellschaftliche Vertretung in die Rechtskategorie organschaftlichen Handelns[1], in die einer Vollmacht[2] oder schließlich in eine Zwischenkategorie[3] einweist. Die gesellschaftliche Vertretungsmacht ist also nach dem Gesetzeswortlaut nicht schlechhin, sondern nur insoweit unbeschränkt, als es sich um die Vertretung der Gesellschaft als solcher handelt. Fraglich ist nur, wann die Gesellschaft und wann die einzelnen Gesellschafter vertreten werden.

Die offene Handelsgesellschaft ist als Gesamthandsgemeinschaft, das kann heute als ausgetragen angesehen werden, keine von ihren Gesellschaftern getrennte juristische Person[4]. Sie wird vielmehr von der unter einheitlichem Namen, der Firma, zusammengefaßten Gesamtheit der Gesellschafter gebildet. Im Gegensatz zur Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zeigt sie nach außen hin eine größere Geschlossenheit. So kann die offene Handelsgesellschaft nach § 124 Abs. 1 HGB unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben und – im Gegensatz zur Gesellschaft des bürgerlichen Rechts – auch als Berechtigte in das Grundbuch eingetragen werden. Materiell berechtigt und verpflichtet werden durch die im Namen der OHG vorgenommenen Rechtsgeschäfte aber immer die Gesellschafter, allerdings in ihrem gesellschaftlichen Zusammenschluß als Mitträger des gesamthänderisch gebundenen Gesellschaftsvermögen[5]. Dieses ist als Sondervermögen gegenüber dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter stark verselbständigt. Sollen beispielsweise Gegenstände aus dem Privatvermögen in das Gesellschaftsvermögen oder aus dem Gesellschaftsvermögen in das Privatvermögen überführt werden, so müssen die Vorschriften über die Übertragung auf ein anderes Rechtssubjekt

---

1 *Wieland I* S. 584; 480.

2 *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 125 Anm. 2.

3 *Hueck* (OHG) S. 201; s. auch a. a. O. Fußnote 2 mit weiteren Schrifttumsangaben zu dieser Frage.

4 RGZ 165, 194 (203 f.); 136, 267 (270); 118, 295 (298); 56, 206 (209); 56, 430 (432); *J. v. Gierke* (Ha. R.) S. 184; *Hueck* (OHG) S. 23; *Müller-Erzbach* S. 184; *Staub-Pinner* § 105 Anm. 8; *Schlegelberger-Geßler* § 105 Anm. 28; *a. A.: Kohler* ZHR 74, 456; ArchBürgR 40, 229; s. auch *Wieland I* S. 396 ff..

5 Vgl. *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 124 Anm. 2; *Hueck* (OHG) S. 196 f., 239; *Lehmann* (Ges. R.) S. 75.

eingehalten werden[6]. Die Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens, die die OHG einer juristischen Person annähert, kommt auch darin zum Ausdruck, daß über das Gesellschaftsvermögen ein besonderes Konkursverfahren stattfinden kann (§ 209 Abs. 1 KO), daß ferner ein vollstreckbarer Titel gegen die Gesellschafter nicht genügt, um in das Gesellschaftsvermögen zu vollstrecken (§ 124 Abs. 2 HGB) und daß ein Titel gegen die Gesellschaft nicht ausreicht, um den Gläubiger aus dem Privatvermögen der Gesellschafter zu befriedigen (§ 129 Abs. 4 HGB). Ein Gesellschafter kann nicht mit einer Gesellschaftsforderung einem privaten Gläubiger gegenüber aufrechnen, ebenso wie die Gesellschaft nicht mit einer Privatforderung eines Gesellschafters aufrechnen kann. Auch für die Frage der Gegenseitigkeit in § 387 BGB sind Privatvermögen und Gesamthandsvermögen verschiedenen Rechtsträgern zugeordnet.

Aus der Sonderung dieser beiden Vermögen folgt, daß der Gesellschafter wie jeder Gesamthänder eine Doppelstellung hat; er ist auf der einen Seite für sich allein Träger seines Privatvermögens und auf der anderen zusammen mit den übrigen Gesellschaftern Mitträger des gesamthänderisch gebundenen Sondervermögens[7].

Als Mitträger des Sondervermögens verkörpern die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit die Gesellschaft. Wenn nun die §§ 125, 126 HGB nur eine Vertretung der Gesellschaft zulassen, dann können die Gesellschafter auch nur in dieser Eigenschaft als Mitträger des Sondervermögens und nicht als Träger ihres Privatvermögens vertreten werden.

Die nun erforderliche Trennung zwischen Privat- und Sondervermögen bereitet keine großen Schwierigkeiten, wenn es sich um die Rechtsstellung des Gesellschafters außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses handelt. Hier ist er immer nur Träger seines Privatvermögens. Der Gesellschafter hat aber nicht nur außerhalb, sondern auch im Rahmen seines Gesellschaftsverhältnisses eine Rechts- und Pflichtenstellung, die seinem Privatvermögen zuzuordnen ist. Aus seiner Beteiligung an der Gesellschaft erwachsen ihm gegenüber der Gesamtheit und den einzelnen Mitgesellschaftern mitgliedschaftliche Rechte personen- und vermögensrechtlicher Art.

Soweit es sich hierbei um Forderungsrechte handelt, begründen sie auf Seiten des Gesellschafters sogenannte »Individualansprüche«, die für die Gesellschaft »Sozialverpflichtungen« darstellen. Diese Ansprüche stehen dem Gesellschafter grundsätzlich sowohl gegenüber der Gesellschaft als Gesamtheit als auch gegenüber den einzelnen Gesellschaftern zu, weil sich die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag gegenseitig zu den Leistungen verpflichtet haben[8]. Vermögensrechtliche Ansprüche können allerdings nach herrschender Auffassung während des Bestehens der Gesellschaft nur gegenüber dieser geltend gemacht werden, weil die Gesellschafter nach § 707 BGB nicht zur Erhöhung des vereinbarten Beitrages oder zu einer Ergänzung der durch Verlust geminderten Einlage verpflichtet sind[9].

---

[6] RGZ 84, 108 (112); auch RGZ 56, 96 (101); OLG Schleswig NJW 1963, 1062; *Hueck* (OHG) S. 166; ders. (Ges. R.) S. 36.

[7] So *Bartholomeyczik*, Erbrecht S. 213 für die Miterbengemeinschaft.

[8] RGZ 170, 392 (395) und RG in DR 1944, 245; BGH in WM 1955, 1585 (1586).

[9] *Hueck* (OHG) S. 193 f. m. w. Nachw.

Andererseits gibt es auch Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis, die nur gegen die einzelnen Gesellschafter und nicht gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden können. Hierzu zählt der Bundesgerichtshof u. a. das gesellschaftsvertraglich zugestandene Recht auf Mehrentnahmen[10], das Recht auf Geschäftsführung[11] und den Anspruch auf Mitwirkung bei der Anmeldung des Ausscheidens eines Gesellschafters[12]. Als personenrechtliche Mitgliedschaftsrechte seien erwähnt: das Recht zur Geschäftsführung (§ 114 Abs. 1 HGB) und Vertretung (§ 125 Abs. 1 HGB), das Mitwirkungsrecht bei Beschlüssen (§§ 119 Abs. 1, 116 Abs. 2 HGB) und das Kontrollrecht (§ 118 HGB). Vermögensrechtlichen Charakter haben das Recht auf Teilnahme am Gewinn (§§ 120 ff. HGB) und am Liquidationserlös (§ 155 HGB) sowie das Recht auf Erstattung von Aufwendungen für die Gesellschaft (§ 110 HGB).

Diesen Rechten stehen als mitgliedschaftliche Pflichten u. a. die Pflicht zur Geschäftsführung (§ 114 Abs. 1 HGB) und zur Leistung der Beiträge (§§ 105 Abs. 2 HGB, 705 BGB) gegenüber[13].

In dieser mitgliedschaftlichen Rechts- und Pflichtenstellung ist der Gesellschafter nicht Mitträger des gesamthänderisch gebundenen Sondervermögens, sondern Träger seines Privatvermögens.

Bereits *O. v. Gierke* hatte die Bereiche des Sondervermögens und Privatvermögens innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses gegeneinander abgegrenzt, wenn er ausführte:

»Da jedoch das Gesellschaftsverhältnis mit begrifflicher Nothwendigkeit zugleich die Individualsphären der Gesellschafter ergreift, so erschöpfen die gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten sich nicht in denen der Gesellschaft. Auch hier vielmehr findet, wie bei allen Rechtsgemeinschaften zur gesammten Hand, die einheitliche Gemeinsphäre ihr unentbehrliches Korrelat in gesellschaftlichen Sondersphären der Theilhaber. Neben den Befugnissen und Pflichten daher, welche den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit zugeschrieben werden müssen, entspringen der Gesellschaft Sonderrechte und Sonderpflichten des einzelnen Gesellschafters, welche er zwar im Gegensatz zu seinen rein individuellen Rechten und Pflichten nur als Gesellschafter, jedoch im Gegensatz zu den ihm nur als Mitträger der gesammten Hand zukommenden gemeinschaftlichen Rechten und Pflichten für sich hat. Sie gehören also zugleich der gesellschaftlichen und der individuellen Sphäre ihres Subjektes an und stellen die unerläßliche Verknüpfung beider her.«[14]

Gehört aber die mitgliedschaftliche Rechts- und Pflichtenstellung zu dem den Gesellschaftern als einzelnen zustehenden Bereich ihres Privatvermögens, dann können sie hier allein auf Grund der gesellschaftlichen Vertretungsmacht nicht vertreten werden.

II. Zusammenfassung

Die bisherigen Untersuchungen über die gesellschaftliche Vertretungsmacht lassen sich wie folgt zusammenfassen:

---

10 WM 1955, 1583 (1584).
11 WM 1959, 54.
12 BGHZ 30, 195 (198).
13 S. hierzu *Hirsch* S. 144 ff..
14 Gen. Th. S. 494 ff.

1. Die Vertretungsmacht des Gesellschafters berechtigt nach §§ 125, 126 HGB nur zur Vertretung der Gesellschaft, d. h. der Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Mitträger des Sondervermögens.
2. Soweit der Gesellschafter die Gesellschafter als Mitträger des gesamthänderisch gebundenen Sondervermögens vertritt, ist seine Vertretungsmacht unbeschränkt (§ 126 Abs. 1 HGB) und unbeschränkbar (§ 126 Abs. 2 HGB).
3. Die gesellschaftliche Vertretungsmacht bezieht sich dagegen nicht auf die Vertretung der einzelnen Gesellschafter als Träger ihres Privatvermögens.
4. Die Gesellschafter sind nicht nur außerhalb, sondern auch im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses Träger ihres Privatvermögens. Zum Bereich des Privatvermögens gehört auch die Mitgliedschaft in der Personalhandelsgesellschaft mit der sich daraus ergebenden Rechts- und Pflichtenstellung gegenüber der Gesellschaft als Gesamtheit und den einzelnen Mitgesellschaftern.

III. Folgerungen für die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte des vertretungsberechtigten Gesellschafters

Wenn man von den so umrissenen Grenzen der gesellschaftlichen Vertretungsmacht ausgeht, dann ergibt sich für die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte des vertretungsberechtigten Gesellschafters folgendes:

1. Der Gesellschafter handelt im Namen der Gesellschaft

a) Hier kann er durch Rechtsgeschäfte für die Gesellschaft wirksam Rechte und Pflichten aller Art begründen (§§ 164 Abs. 1 BGB, 125 Abs. 1, 126 Abs. 1 HGB), soweit sie nicht durch die Natur der OHG als Erwerbsgesellschaft ausgeschlossen sind[15].

b) Wenn das vom Gesellschafter im Namen der OHG abgeschlossene Rechtsgeschäft eine Verfügung über ein Recht zum Gegenstand hat, muß als weitere Wirksamkeitsvoraussetzung die Verfügungsbefugnis der Gesellschaft hinzutreten. Steht das Recht der OHG zu, dann ist die Verfügung wirksam. Unterliegt es dagegen der Verfügungsbefugnis eines Dritten, beispielsweise eines Gesellschafters als Träger seines Privatvermögens, dann ist die Verfügung nur ausnahmsweise wirksam, wenn zugunsten des Erwerbers dieses Rechts Gutglaubensvorschriften eingreifen (§§ 892 f., 932 ff., 1207 BGB, 366 HGB). Der gute Glaube muß sich auf die Berechtigung der vertretenen Gesellschaft beziehen[16].

In den übrigen Fällen ist die Verfügung schwebend unwirksam (§ 185 Abs. 1 BGB). Sie kann aber nach § 185 Abs. 2 BGB wirksam werden, wenn sie der Verfügungsberechtigte genehmigt oder die Gesellschaft den von der Verfügung betroffenen Gegenstand erwirbt. Die herrschende Meinung lehnt allerdings in diesen Fällen eine Heilung nach § 185 Abs. 2 BGB ab. § 185 BGB setze eine Verfügung im eigenen Namen voraus und könne deshalb nicht eingreifen, wenn jemand mit

---

[15] *Hueck* (OHG) S. 197 f; *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 2; *Wieland* S. 423, 615.
[16] *v. Tuhr* II, 2 S. 435.

oder ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen handele. Hier seien nur die §§ 164 ff, 177 BGB anzuwenden[17].

Diese Gegenüberstellung des Handelns im eigenen und des Handelns im fremden Namen wird dem Wesen und der Bedeutung der §§ 185 und 164 ff. BGB nicht gerecht. Diese Vorschriften schließen sich keineswegs gegenseitig aus, denn sie betreffen Fragen, die auf ganz verschiedenen Ebenen liegen. Die §§ 164 ff. BGB regeln eine besondere Art des Geschäftsabschlusses, die Stellvertretung. Hier gibt die an einem Rechtsgeschäft beteiligte Partei nicht selbst die zu seinem Zustandekommen erforderlichen Willenserklärungen ab, für sie handelt vielmehr der Vertreter. § 177 BGB will den Vertretenen davor schützen, daß ein Dritter unbefugt in seinem Namen Willenserklärungen abgibt oder empfängt mit der Wirkung, daß ihm das vom Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft als eigenes zugerechnet wird[18]. § 185 BGB betrifft dagegen nicht die Art des Geschäftsabschlusses, sondern bestimmte Arten von Rechtsgeschäften, nämlich die Verfügungsgeschäfte. Diese Vorschrift soll lediglich verhindern, daß ohne Zustimmung des Verfügungsberechtigten über Rechte verfügt wird, die seiner Herrschaft unterworfen sind. Für den Schutz des Verfügungsbefugten ist es unerheblich, wie das Verfügungsgeschäft zustande gekommen ist, ob es im eigenen oder fremden Namen abgeschlossen ist, weil die Verfügung immer nur mit seiner Zustimmung wirksam ist. Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der Wortbedeutung des § 185 Abs. 1 BGB, der nicht zwischen Verfügungen im eigenen und im fremden Namen unterscheidet. Es ist deshalb sogar möglich, daß die §§ 185 und 177 BGB bei ein und demselben Rechtsgeschäft nebeneinander zur Anwendung gelangen. Das soll an einem Beispiel erläutert werden:

Der Vertreter V »übereignet«, ohne von A bevollmächtigt zu sein, im Namen des A eine dem B gehörende Sache an C, der die Eigentumsverhältnisse kennt.

Dieses Rechtsgeschäft leidet an einem doppelten Mangel. Einmal ist der Einigungsvertrag über den Eigentumsübergang (§ 929 Satz 1 BGB) zwischen A und C schwebend unwirksam, weil V nicht von A bevollmächtigt war (§ 177 Abs. 1 BGB). Außerdem ist die Übereignung deshalb schwebend unwirksam, weil A nicht zur Verfügung über die Sache befugt war (§ 185 Abs. 1 BGB). C kann also auf dem vorgesehenen Weg nur dadurch Eigentümer der Sache werden, daß sowohl A (nach § 177 Abs. 1 BGB) als auch B (nach § 185 Abs. 2 Satz 1 1. Fall BGB) genehmigen. A genehmigt das Auftreten des V in seinem Namen und B die Verfügung über sein Recht.

Wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter über ein der Gesellschaft nicht gehörendes Recht verfügt, ist immer nur die Zustimmung des Verfügungsbefugten erforderlich. Die Abgabe der zum Verfügungsgeschäft erforderlichen Willenserklärungen ist immer von seiner Vertretungsmacht umfaßt, weil sie sich nach § 126 Abs. 1 HGB auf *alle* gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte erstreckt.

c) In besonderen Fällen kann die Gesellschaft auch dann berechtigt und ver-

---

17 RG HRR 1934, 1276; BayObLG NJW 1956, 1279 (1280); LG München DNotZ 1950, 33 (35 f.); *Erman-Böhle-Stamschräder* § 185 Anm. 4; *Palandt-Danckelmann* § 185 Anm. 2.

18 Näheres zur Stellvertretung s. unten S. 46 ff..

pflichtet werden, wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter nicht in ihrem Namen aufgetreten ist, es nach außen vielmehr offen geblieben ist, wen die Rechtswirkungen seines rechtsgeschäftlichen Handelns treffen sollen.

Gemeint sind die sogenannten »Geschäfte, wen es angeht«[19] oder »Verträge, für Rechnung dessen, den es angeht«[20]. Eine Offenkundigkeit der Vertretung (§ 164 Abs. 2 BGB) wird hier nicht verlangt, wenn objektive Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß dem Dritten, mit dem der vertretungsberechtigte Gesellschafter ein Rechtsgeschäft abschließt, die Person seines Vertragspartners gleichgültig ist[21]. Damit aber die Rechtswirkungen der Vertreterhandlung in der Person des nicht erkennbar Vertretenen eintreten, müssen die übrigen Voraussetzungen der Vertretung, Vertretungsmacht des Vertreters und sein Wille, für einen anderen rechtsgeschäftlich zu handeln, gegeben sein[22]. Deshalb sollte man diesen Unterfall einer unmittelbaren Stellvertretung besser als verdeckte Stellvertretung bezeichnen.

Der wichtigste Fall einer verdeckten Stellvertretung ist die Übereignung bei den Bargeschäften des täglichen Lebens. Hier wird es dem Veräußerer, wenn er das Entgelt für seine Ware erhalten hat, meistens gleichgültig sein, wer sie erwirbt. Nach neuerer Ansicht soll die verdeckte Stellvertretung auch bei obligatorischen Verträgen möglich sein[23]. Da es jedoch für die Erfüllung der aus dem Schuldverhältnis entstehenden Pflichten oft entscheidend auf die Person des Schuldners ankommt, wird es dem Dritten hier in aller Regel nicht gleichgültig sein, mit wem er abschließt, so daß hier für eine verdeckte Stellvertretung wenig Raum sein dürfte[24].

2. Der Gesellschafter handelt im Namen der einzelnen Gesellschafter

In diesen Fällen ist der Gesellschafter, weil er nur berechtigt ist, die Gesellschaft und nicht die einzelnen Gesellschafter zu vertreten, Vertreter ohne Vertretungsmacht.

a) Schließt er Verträge, dann greift § 177 BGB ein. Sie sind schwebend unwirksam und können von den Gesellschaftern mit rückwirkender Kraft genehmigt werden (§§ 177 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB). Soweit die Verträge in Verfügungen über einen Gegenstand des Vertretenen bestehen, sollen sie nach einigen Autoren[25] in entsprechender Anwendung des § 185 Abs. 2 BGB Fall 2 und 3 auch dadurch wirksam werden, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht diesen Gegenstand erwirbt oder von dem Vertretenen beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet[26].

---

[19] *Lehmann* (AT) § 36 IV 2 c S. 292; *Enneccerus-Nipperdey* § 179 III 3c und 4 S. 1101 ff.; *Erman-Böhle-Stamschräder* § 164 Anm. 13.

[20] BGH NJW 1955, 687 (690).

[21] S. dazu *Schultze-v. Lasaulx* in *Soergel-Siebert* vor § 164 Anm. 12.

[22] *Enneccerus-Nipperdey* § 179 III 3 c S. 1101 f., § 178 II S. 1091.

[23] S. die in Anm. 19 und 20 Zitierten.

[24] So auch *Erman-Böhle-Stamschräder* a. a. O.; *Enneccerus-Nipperdey* § 179 III 4 S. 1102.

[25] *v. Tuhr II*, 2 S. 446; *Lehmann* (AT) § 37 V 3 S. 316; *Enneccerus-Nipperdey* § 204 V 3 a. E. S. 1246; a. A. RG HRR 1934, 1276.

[26] Hiervon ist der oben unter 1. b) S. 32 f. erörterte Fall zu unterscheiden, in dem der Vertreter zwar Vertretungsmacht für den Vertretenen hat, er aber über einen Gegenstand verfügt, der nicht der Verfügungsmacht des Vertretenen unterliegt.

b) Handelt es sich bei den Rechtsgeschäften, die der Gesellschafter ohne Vertretungsmacht vornimmt, um einseitige Rechtsgeschäfte, dann ist § 180 BGB anzuwenden. Sie sind in der Regel nichtig.

3. Der Gesellschafter handelt im eigenen Namen

Aus Rechtsgeschäften, die der vertretungsberechtigte Gesellschafter im eigenen Namen vornimmt, wird er selbst berechtigt und verpflichtet.

Verfügt er über ein Recht, das nicht seiner Verfügungsmacht unterliegt, sondern beispielsweise der Gesamtheit der Gesellschafter oder seinen Mitgesellschaftern als einzelnen zusteht, dann ist diese Verfügung schwebend unwirksam (§ 185 BGB); sie ist wirksam, wenn zugunsten des Erwerbers eines Rechts Gutglaubensvorschriften eingreifen.

IV. Die weitergehende Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht durch Rechtsprechung und Schrifttum

Aus einem Vergleich der in § 2 dargestellten Ergebnisse des Schrifttums und der Spruchpraxis mit den hier unter III. gezogenen Folgerungen ergibt sich, daß zahlreiche Stimmen die gesellschaftliche Vertretungsmacht über die hier gezogenen Grenzen weiter einschränken wollen.

Wenn beispielsweise *Weipert* ausführt, die Vertretungsmacht des Gesellschafters ermächtige nicht zur Änderung des Gesellschaftsverhältnisses, vor allem nicht zur Änderung des Gesellschaftsvertrages[27], dann steht das noch im Einklang mit den hier gefundenen Ergebnissen. Denn das Gesellschaftsverhältnis kann rechtsgeschäftlich in der Regel nur durch einen Vertrag der daran beteiligten einzelnen Gesellschafter geändert werden (§ 305 BGB). Die einzelnen Gesellschafter kann der vertretungsberechtigte Gesellschafter nicht vertreten. Weipert fährt aber fort, der Gesellschafter sei auch nicht zu solchen Rechtsgeschäften mit *Dritten* legitimiert, die eine Veränderung des Gesellschaftsverhältnisses *zur Folge haben.* Nach ihm soll die gesellschaftliche Vertretungsmacht also schon dann enden, wenn ein Rechtsgeschäft, das der Gesellschafter im Namen der Gesellschaft mit einem Dritten abschließt, auf die Rechts- und Pflichtenstellung der Gesellchafter innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses tatsächlich ändernd einwirkt[28]. Insoweit geht er, wie noch eingehend dargelegt werden wird, über die Ergebnisse hinaus, die aus den §§ 125, 126 HGB und dem Wesen der Gesellschaft als Gesamthandsgemeinschaft hergeleitet worden sind.

Ganz ähnlich äußerte sich *Lehmann*[29] im Anschluß an das oben S. 26 wiedergegebene Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 20. 10. 1960[30]. Er will die gesellschaftliche Vertretungsmacht nicht auf solche Rechtsgeschäfte gegenüber Dritten

---

27 In RGRK z. HGB § 126 Anm. 6.

28 S. dazu auch *Kamnitzer* § 126 Anm. 1; *Lehmann* (Ges. R.) S. 120 f.; *Schlegelberger-Geßler § 126* Anm. 7 u. 9.

29 *Lehmann* in SAE 1961, S. 55.

30 AP Nr. 1 zu § 164 HGB = BAGE 10, 122.

erstrecken, die zugleich die »innere Organisation« der Gesellschaft in einem wesentlichen Punkt *berühren*[31]. Unter »innerer Organisation« versteht *Lehmann* in diesem Zusammenhang wohl die Rechts- und Pflichtenstellung der Gesellschafter im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses.

Hierher gehören auch die Vertreter der Ansicht, die die gesellschaftliche Vertretungsmacht an den »Grundlagen der Gesellschaft« enden lassen wollen[32]. Nach ihnen soll ein Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und einem Dritten dann nicht mehr von der Vertretungsmacht umfaßt sein, wenn es die Grundlagen der Gesellschaft berührt, also in irgendeiner Weise auf sie einwirkt. Ob unter den »Grundlagen der Gesellschaft« der Gesellschaftsvertrag, das gesamte Gesellschaftsverhältnis oder nur bestimmte Teile desselben zu verstehen sind, kann in diesem Zusammenhang zunächst unerörtert bleiben[33].

Hier ist entscheidend, daß es sich auch nach dieser Ansicht um eine Frage der Vertretungsmacht des Gesellschafters handeln soll, wenn ein im Namen der Gesellschaft vorgenommenes Rechtsgeschäft Wirkungen im Verhältnis der Gesellschafter zueinander, in ihrer gesellschaftlichen Rechts- und Pflichtenstellung, äußert.

§ 4. Kritik der weitergehenden Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht

I. Vorbemerkung

Eine nähere Begründung für diese weitergehende Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht findet sich bei *O. v. Gierke*, der sich in seiner Genossenschaftstheorie bereits mit dieser Frage befaßt hat. Er führt dort aus, eine Repräsentation der Gesellschaft durch die vertretungsbefugten Gesellschafter sei dann ausgeschlossen, wenn »ein gesellschaftliches Handeln mit der einheitlichen Gesamtsphäre *zugleich* die nach dem Begriff der Handelsgesellschaft ihr gegenüberstehenden gesellschaftlichen Sondersphären« *ergreife*[1]. Denn die unbeschränkte Vertretung der Gesellschaft durch die Gesellschafter schließe keineswegs die Vertretung der einzelnen Gesellschafter als solcher ein. Deshalb sollen nach *O. v. Gierke* Rechtsgeschäfte mit Dritten, die »den Bestand der Gesellschaft selbst« betreffen oder »eine Veräußerung des Geschäfts im ganzen« enthalten, nicht von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht gedeckt sein und nur von allen Gesellschaftern gemeinsam vorgenommen werden können.

Bei seinen Überlegungen geht *O. v. Gierke* demnach von der Annahme aus, daß ein von einem Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht wirksam vorgenommenes Rechtsgeschäft nur Wirkungen im Rechtskreis des Vertretenen – hier der Gesellschaft – und des am Rechtsgeschäft beteiligten Dritten erzeugt. Hieraus fol-

---

[31] Vorliegend handelte es sich um die Kündigung des Dienstverhältnisses eines Dritten mit der Gesellschaft.

[32] BGH LM Nr. 1 zu § 126 HGB; BAG in AP Nr. 1 zu § 164 HGB; RGZ 162, 370 (374); *Bandasch* § 126 Anm. 1; *Baumbach-Duden* § 126 Anm. 1 D; *Heun* § 126 Anm. 33.

[33] Näheres dazu unten in § 5 S. 58 ff.

[1] Gen. Th. S. 583.

gert er weiter, daß ein Rechtsgeschäft, das nach seiner Art auch Wirkungen im Rechtskreis nicht am Rechtsgeschäft beteiligter Personen – hier der Gesellschafter in ihrer Sondersphäre als Träger ihres Privatvermögens – herbeiführt, nicht von der Vertretungsmacht gedeckt ist. Es könnte nur wirksam vorgenommen werden, wenn auch die durch dieses Rechtsgeschäft in ihrem Rechtskreis betroffenen Personen entweder bei seinem Abschluß selbst mitwirken oder auch ihrerseits dem Vertreter Vertretungsmacht erteilen würden.

Schon der Ausgangspunkt dieser Argumentation ist unrichtig. Es ist keineswegs der Fall, daß ein vom Vertreter vorgenommenes Rechtsgeschäft nur Wirkungen im Rechtskreis der daran beteiligten Personen äußert und daß umgekehrt alle, die von den Wirkungen eines Rechtsgeschäfts betroffen werden, damit zugleich vertreten werden. Diese Argumentation verkennt das Wesen und die Bedeutung der Stellvertretung und ihr Verhältnis zum Rechtsgeschäft. Um das zu erläutern, soll zunächst auf das Rechtsgeschäft und seine Stellung in der Privatrechtsordnung eingegangen werden.

II. Der Tatbestand des Rechtsgeschäfts innerhalb der Privatrechtsordnung

Die Privatrechtsordnung läßt, wenn bestimmte Tatsachen vorliegen, bestimmte Rechtswirkungen, wie die Entstehung, Aufhebung oder Veränderung eines Rechtsverhältnisses oder Rechts[2], eintreten. Die Gesamtheit dieser Tatsachen, an welche die Rechtsordnung eine Rechtswirkung knüpft, bezeichnet man als den Tatbestand dieser Rechtswirkung, ein Begriff, der aus der Strafrechtswissenschaft übernommen ist[3]. Das Kernstück eines jeden Tatbestandes bilden die rechtlich bedeutsamen, die juristischen Tatsachen, die allein oder zusammen mit anderen eine Rechtswirkung herbeiführen. Die wichtigsten juristischen Tatsachen sind die menschlichen Handlungen. Diese lassen sich wiederum in rechtmäßige und rechtswidrige Handlungen einteilen. Die bedeutsamsten rechtmäßigen Handlungen sind die Willenserklärungen; zu den wichtigsten rechtswidrigen Handlungen gehören die unerlaubten Handlungen und die Forderungsverletzungen[4].

In diesem Zusammenhang sollen die Willenserklärungen, die wesentlichen Tatbestandsmerkmale eines Rechtsgeschäfts, und die durch das Rechtsgeschäft entstandenen Rechtswirkungen näher untersucht werden.

Die geltende Privatrechtsordnung und die Verfassung, die in Art. 2 Abs. 1 GG das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit schützt, gehen von dem Grundsatz der Privatautonomie aus und gestatten deshalb den einzelnen Rechtssubjekten in sehr weitem Umfang, ihre privaten Lebensverhältnisse nach ihrem Willen frei zu ordnen[5]. Die Rechtsordnung verleiht dem Willen der einzelnen Rechtssubjekte die Macht, rechtliche Wirkungen herbeizuführen. Um aber sicher feststellen zu können,

---

[2] *v. Tuhr II*, 1 S. 144; *Enneccerus-Nipperdey* § 136 I S. 858 f.
[3] *Enneccerus-Nipperdey* a. a. O.
[4] *Lehmann* (AT) § 20 V 1 und 2 S. 121.
[5] *v. Tuhr II*, 1 S. 143; *Enneccerus-Nipperdey* § 145 I S. 894 f.; *Lehmann* (AT) § 24 I S. 128; *Brox* S. 86 ff.; s. auch *Flume* S. 141 ff.

ob der einzelne einen rechtlich relevanten Willen gefaßt hat oder nur von einem rechtlich bedeutungslosen Wunsch beseelt ist, fordert sie, daß der Wille in Form einer Willenserklärung auch geäußert wird[6]. Die Willenserklärung läßt sich demnach beschreiben als die Äußerung eines auf Hervorbringung rechtlicher Folgen gerichteten Willens. An sie knüpft die Rechtsordnung an und befiehlt die Erfüllung des als Wille Geäußerten[7]. Wenn die Rechtsordnung dem Parteiwillen diese rechtsschöpferische Macht zuerkennt, dann geht sie davon aus, daß die Rechtssubjekte in fehlerfreier Wertung und Willensbildung ihre rechtlichen Beziehungen in der Regel zweckmäßiger und sinnvoller selbst ordnen werden, als es eine hoheitliche Gestaltung vermag, und daß die von den Rechtssubjekten erstrebte Regelung auch ein gerechtes oder – um mit *Schmidt-Rimpler*[8] zu sprechen – richtiges Ergebnis verbürgt[9]. Die Herrschaft des Parteiwillens ist jedoch nicht unbeschränkt und nicht überall, sondern nur grundsätzlich anerkannt. Die einzelnen Rechtssubjekte können durch Abgabe von Willenserklärungen nur Rechtswirkungen herbeiführen, die die Rechtsordnung anerkennt und diese nur, wenn die sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen des jeweiligen Rechtsgeschäfts erfüllt sind[10]. So wird der Parteiwille immer dann nicht beachtet, wenn er eine von der Rechtsordnung mißbilligte Rechtswirkung erzeugen will (§§ 134, 138 BGB). Davon abgesehen läßt das Gesetz in vielen Rechtsgebieten dem Willen der Parteien nur einen geringen Spielraum, innerhalb dessen sie ihre Rechtsbeziehungen gestalten können. Im Sachenrecht beispielsweise stellt das Gesetz nur eine beschränkte Anzahl von Rechtsformen mit im wesentlichen unabänderlich feststehendem Inhalt zur Verfügung. (Prinzip des numerus clausus der Sachenrechte). Nur die dort vorgesehenen Rechte können unter den dort angegebenen Voraussetzungen begründet, übertragen, aufgehoben oder inhaltlich verändert werden. Auch bei den meisten Rechtsgeschäften des Familienrechts sind dem Parteiwillen enge Schranken gezogen. Oft können die Parteien nur darüber bestimmen, ob sie ein bestimmtes Rechtsgeschäft mit unabänderlichen Rechtswirkungen abschließen wollen[11]. Die Privatautonomie besteht hier nur in der Form der Abschlußfreiheit, nicht aber der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit. Selbst im Schuldrecht, in dem der Privatautonomie bei der inhaltlichen Gestaltung der einzelnen Schuldverhältnisse ein weiterer Raum gelassen ist, herrscht der Wille der einzelnen Rechtssubjekte nicht unbeschränkt. Damit die in der Willenserklärung angestrebten Rechtswirkungen auch eintreten, verlangt das Gesetz in aller Regel, daß eine entsprechende Willenserklärung desjenigen hinzutritt, in dessen Rechtskreis sie sich ungünstig auswirken, also einen Vertrag (s. § 305 BGB)[12]. Durch das Erfordernis des Vertrages soll verhindert werden, daß der einzelne die seinem Willen verliehene rechtsschöpferische Macht

---

[6] *Brox* S. 91 f.
[7] *Erman-Westermann* Einl. § 104 Anm. 1.
[8] AcP 147, 132 f.; hiergegen *Flume* S. 142 f.
[9] *Brox* S. 87 ff.; *Lehmann* (AT) § 24 II S. 130.
[10] *Lehmann* (AT) § 24 II 1 S. 130.
[11] *Enneccerus-Nipperdey* § 189 I S. 1150.
[12] S. dazu *Brox* S. 87 ff.

mehr oder weniger rücksichtslos auf Kosten anderer zu seinem eigenen Vorteil gebraucht und damit unrichtige Rechtsfolgen im Sinne *Schmidt-Rimplers* begründet. Da der Vertragspartner in aller Regel auch seine Interessen wahrnehmen will, wird er sich nur dann mit einer für ihn ungünstigen Rechtswirkung einverstanden erklären, wenn er von dem anderen Teil einen seinem Nachteil entsprechenden Vorteil erhält. Das Gesetz rechnet damit, daß der Vertragsmechanismus einen auf ungerechte Ergebnisse gerichteten Willen korrigiert und auf diese Weise gerechte Ergebnisse gewährleistet[13]. Diese Annahme ist allerdings nur dann gerechtfertigt, wenn beide Parteien tatsächlich die Macht zur Selbstbestimmung haben und nicht durch eine tatsächliche Machtstellung der einen die Selbstbestimmung der anderen ausgeschlossen ist[14]. In einigen Fällen hat der einzelne die Macht, einseitig durch Abgabe seiner Willenserklärung in dem Rechtskreis eines anderen Rechtswirkungen hervorzurufen. Genannt seien hier die Gestaltungsrechte der Kündigung, des Rücktritts, der Anfechtung, des Widerrufs und der Aufrechnung. Bei näherer Betrachtung ergibt sich jedoch, daß auch hier der Eintritt der in der Willenserklärung bezeichneten Rechtswirkung nicht ausschließlich von dem Willen des einzelnen abhängt. Das Kündigungsrecht beispielweise kann nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen (Einhaltung der Kündigungsfrist, Kündigungsgründe) ausgeübt werden, die entweder von den Parteien vorher vertraglich festgelegt und damit durch ihren übereinstimmenden Willen gerechtfertigt sind oder aber im Gesetz selbst festgelegt sind (wichtiger Grund). Im zweiten Fall enthält das Gesetz selbst das notwendige Korrektiv des Parteiwillens[15].

Häufig müssen zu den Willenserklärungen der Parteien noch weitere Tatbestandsmerkmale (wie z. B. in § 929 BGB die Übergabe) hinzukommen, damit die in der Willenserklärung gewollte Rechtswirkung eintreten kann.

Diesen gesamten Tatbestand, der aus einer oder mehreren Willenserklärungen und u. U. weiteren Tatbestandsmerkmalen besteht und an den die Rechtsordnung die in der Willenserklärung gewollten Rechtswirkungen knüpft, bezeichnet man als Rechtsgeschäft[16]. Tritt die Rechtswirkung allein auf Grund der Willenserklärung des einzelnen ein, wie z. B. bei der Kündigung, dann decken sich Willenserklärung und Rechtsgeschäft.

III. Die Wirkungen des Rechtsgeschäfts

1. Die subjektiven, willensbestimmten Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts

Zu den Rechtswirkungen, die sich aus dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts ergeben, gehören zunächst diejenigen, die das Gesetz unmittelbar an die Erfüllung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes knüpft. Das aber sind die Rechtswirkungen, welche die Parteien in ihren Willenserklärungen als gewollt bezeichnet haben.

---

13 *Schmidt-Rimpler* AcP 147, 156.
14 *Flume* S. 143; *Raiser* S. 188.
15 *Schmidt-Rimpler* S. 154; für das Rücktrittsrecht s. *Brox* S. 89.
16 *Lehmann* (AT) § 24 III S. 133; *Enneccerus-Nipperdey* § 145 I S. 895.

Diese auf dem Willen der am Rechtsgeschäft beteiligten Rechtssubjekte beruhenden Rechtswirkungen sollen als *subjektive, willensbestimmte Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts* bezeichnet werden.

2. Die objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts

Das Gesetz beschränkt sich nun nicht darauf, diese von den am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien gewollten, gewöhnlich auf einzelne Hauptpunkte beschränkten Rechtswirkungen eintreten zu lassen. Es gestaltet vielmehr das durch den Parteiwillen geschaffene Rechtsverhältnis teils durch allgemeine für alle Rechtsgeschäfte geltende, teils durch spezielle, nur für bestimmte Arten von Rechtsgeschäften geltende Regeln näher aus[17]. Diese Regeln beruhen nicht auf dem Willen der Parteien, sondern treten unabhängig von ihrem Willen, gleichgültig, ob sie dispositiv oder zwingend sind, kraft Gesetzes ein. Das verkennt der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 6. 12. 1962[18], wenn er ausführt, daß die dispositiven Regeln des Gesetzes »jeweils nur wirksam werden« können, »wenn sie mit den gemeinsamen Vorstellungen der Gesellschafter übereinstimmen, also von dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter getragen werden«.

Wenn sich bei einem Kaufvertrag die Parteien über die Hauptpflichten des § 433 Abs. 1 BGB geeinigt haben, dann entstehen auch ohne ihren Willen Rechtswirkungen für den Fall, daß der verkaufte Gegenstand mit Mängeln behaftet ist, daß er untergeht, oder daß einer Partei die Leistung unmöglich wird[19].

Da diese Rechtswirkungen nach der Rechtsordnung nicht deshalb eintreten, weil sie in den Willenserklärungen der Parteien als gewollt bezeichnet sind, gehören sie nicht zu den subjektiven, willensbestimmten Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts im oben genannten Sinne. Sie knüpfen nicht unmittelbar an den Tatbestand des Rechtsgeschäfts, sondern an einen anderen gesetzlichen Tatbestand an, der aber seinerseits alle oder einen Teil der durch den Willen der Parteien erzeugten Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts als Tatbestandsmerkmale enthält. So müssen, damit die Rechtswirkung des § 459 BGB, Haftung des Verkäufers für Sachmängel, eintritt, neben anderen Tatbestandsmerkmalen auch die willensbestimmten Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts Kauf (§ 433 Abs. 1 BGB) vorliegen: Der *Käufer* einer Sache haftet dem *Verkäufer . . .*«

Von ihrem Entstehungstatbestand her betrachtet werden diese Rechtswirkungen oft als »mittelbare Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts«[20] oder »Rechtsfolgen zweiter Ordnung«[21] bezeichnet. Das Reichsgericht spricht von »gesetzlichen Nebenwirkungen des Rechtsgeschäfts«[22].

Sie sollen hier den subjektiven, willensbestimmten Rechtswirkungen als *objektive*,

---

17 *v. Tuhr II*, 1 S. 163.
18 BB 1963, S. 250 ff. (252 unter c).
19 Weitere Beispiele bei *v. Tuhr II*, 1 S. 163 f..
20 *v. Tuhr II*, 1 S. 163.
21 *Henle* S. 296.
22 RGZ 82, 350 (355).

gesetzliche Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts gegenübergestellt werden[23]. Sie lassen sich weiter unterscheiden in *unmittelbare objektive Rechtswirkungen*, die sich ohne weiteres mit dem Abschluß des Rechtsgeschäfts verwirklichen, wie die Pflicht zur Kostentragung nach §§ 448, 449 BGB mit Abschluß des Kaufvertrages, und in *mittelbare objektive Rechtswirkungen*, die erst dann entstehen, wenn zu den willensbestimmten Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts weitere Tatsachen hinzutreten wie bei § 462 BGB der Mangel der verkauften Sache.

Der Eintritt der subjektiven, willensbestimmten und der objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts richtet sich nicht nach der Kausalität des natürlichen Geschehensablaufs, von der die Äquivalenztheorie und ihre Abart, die Adäquanztheorie, ausgehen, sondern beruht ausschließlich auf der Anordnung des Gesetzes. Man spricht hier von einer »juristischen Kausalität«[24], um das Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtsfolgeanordnung zu kennzeichnen.

Dieser Begriff kann verwendet werden, wenn man sich darüber im klaren ist, daß es sich hier nur um einen bildhaften Vergleich mit der natürlichen Kausalität handelt, und daß die juristische Kausalität anders strukturiert ist als die Kausalität des natürlichen Geschehensablaufs. Man muß sich nur davor hüten, aus diesem bildhaften Vergleich begriffsjuristische Folgerungen zu ziehen, wie es *v. Tuhr*[25] für die Frage der »Doppelwirkungen im Recht« getan hat[26].

Die sogenannte juristische Kausalität besagt, daß nach der Rechtsordnung bestimmte Tatsachen bestimmte Rechtswirkungen nach sich ziehen. Sie regelt lediglich das Verhältnis zwischen Tatbestand und dem sich aus seiner Erfüllung ergebenden Rechtswirkungen. Da sie auf dem Willen des Gesetzes beruht, kann sie auch vom Gesetz beliebig gestaltet werden. Das Gesetz kann an beliebige Tatsachen beliebige Rechtswirkungen knüpfen, die mit der Erfüllung des Tatbestandes »mit unabwendbarer Notwendigkeit« im selben Moment eintreten[27]. Zwischen juristischer Ursache (Erfüllung des Tatbestandes) und Wirkung (Eintritt der Rechtswirkungen) liegt kein meßbarer Zeitraum.

Im Gegensatz hierzu kann die Kausalität des natürlichen Geschehensablaufs vom Gesetz nicht abgeändert werden. Sie kann nur, wie z. B. in § 823 BGB, in einen Tatbestand als Tatbestandsmerkmal aufgenommen werden, an dessen Erfüllung das Gesetz Rechtswirkungen knüpft (so in § 823 Abs. 1 BGB die Verpflichtung zum Schadensersatz).

3. Die tatsächlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts

Nun können die nach der juristischen Kausalität eintretenden subjektiven, willensbestimmten oder objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen des Rechts-

---

23 Bei der Einteilung des Rechtsgeschäfts – oder genauer der Willenserklärung – in seine Bestandteile: »essentialia, naturalia und accidentalia negotii« entsprechen diesen objektiven gesetzlichen Rechtswirkungen die »naturalia negotii« (s. dazu *Lehmann* (AT) § 26 II, S. 153; *Enneccerus-Nipperdey* § 189 II-IV, S. 1151.

24 So schon *Zitelmann*, (Irrtum u. Rechtsgeschäft) S. 214 ff. (221); *v. Tuhr II*, 1 S. 5 Anm. 10.

25 *v. Tuhr II*, 1 S. 5; I S. 139 Anm. 8.

26 S. dazu *Engisch*, S. 36 ff. m. w. Nachw.

27 *v. Tuhr II*, 1 S. 6.

geschäfts ihrerseits wieder nach der Kausalität des natürlichen Geschehensablaufs weitere tatsächliche Wirkungen des inneren und äußeren Lebens hervorrufen. Das soll an einem Beispiel näher erläutert werden:

Der Grundstückseigentümer E verkauft und übereignet sein unbebautes Grundstück, das den größten Teil seines Vermögens darstellt, an den Fabrikanten F, der hierauf eine Fabrik bauen will und sie später auch errichtet. Vorher hatte E das Grundstück bereits an einen der zahlreichen Interessenten, den K, formgerecht verkauft.

Die sich aus der Erfüllung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes der §§ 873, Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB ergebende willensbestimmte Rechtswirkung des Rechtsgeschäfts besteht lediglich darin, daß das Eigentum an dem Grundstück von E auf F übergeht.

Die Übereignung bewirkt aber nach der natürlichen Kausalität zugleich, daß E seine Verpflichtung als Verkäufer gegenüber K nicht mehr erfüllen kann, ihm die Leistung also nachträglich unmöglich geworden ist, so daß K nach §§ 440 Abs. 1, 325 Abs. 1 BGB nur noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten kann. Ferner können sich die übrigen Gläubiger des E wegen ihrer Forderungen mit weniger Aussicht auf Erfolg aus dem restlichen Vermögen des E befriedigen, vor allem dann, wenn der Kaufpreis sehr niedrig war. Die Grundstücksnachbarn des E werden, weil der neue Eigentümer auf dem Grundstück eine Fabrik errichtet, durch Abgase und Maschinenlärm gestört. Schließlich können andere Interessenten, die das Grundstück ebenfalls kaufen wollten, es nicht mehr von E erwerben. Die Skala dieser *tatsächlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts* ist unübersehbar; sie reicht von der Beeinträchtigung von Rechten, Interessen, Chancen bis zur Vereitelung von Hoffnungen.

Die tatsächlichen Auswirkungen können sich aber auch für die am Rechtsgeschäft beteiligten oder dritte Personen als günstig erweisen. So kann der Verkauf eines Grundstücks zu einem hohen Preis es dem Veräußerer erst ermöglichen, seinen Betrieb, der dringend größerer Geldmittel bedurfte, fortzuführen. Die Vorteile für seine Gläubiger bestehen darin, daß sie endlich befriedigt werden können, etc.

4. Objektive, gesetzliche Rechtswirkungen und tatsächliche Auswirkungen des Rechtsgeschäfts

Wie das obige Beispiel zeigt, können auch tatsächliche Auswirkungen eines Rechtsgeschäfts, hier der Grundstücksübereignung des E an F, Tatsachen darstellen, nachträgliches Unvermögen, die Tatbestandsvoraussetzungen eines gesetzlichen Tatbestandes sind (§§ 440 Abs. 1, 325 Abs. 1 Satz 1, 275 Abs. 2 BGB), an den das Gesetz nach der juristischen Kausalität Rechtswirkungen knüpft, den Schadensersatzanspruch des K gegen E wegen Nichterfüllung.

Diese sich aus § 325 BGB ergebenden Rechte sind damit aber nicht objektive, gesetzliche Rechtswirkungen der Grundstücksübereignung des E an F, sondern objektive, gesetzliche Rechtswirkungen des zwischen E und K abgeschlossenen Kaufvertrages. Von objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen eines Rechtsgeschäfts, worunter immer ein *bestimmtes* Rechtsgeschäft zu verstehen ist, kann nur dann gesprochen werden, wenn sie durch Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestandes

entstehen, der allein oder neben anderen juristischen Tatsachen die willensbestimmten Rechtswirkungen dieses Rechtsgeschäfts voraussetzt. Der gesetzliche Tatbestand des § 325 BGB enthält aber nicht die willensbestimmten Rechtswirkungen der Grundstücksübereignung des E an F, sondern die des Kaufvertrages zwischen E und K. Vom Rechtsgeschäft der Übereignung her gesehen, handelt es sich bei den Rechten des K aus § 325 BGB um tatsächliche Auswirkungen des Rechtsgeschäfts.

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend lassen sich die verschiedenen Wirkungen eines Rechtsgeschäfts wie folgt definieren:

1. Subjektive, willensbestimmte Rechtswirkungen eines Rechtsgeschäfts sind die Rechtswirkungen, die das Gesetz mit der Erfüllung eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes deshalb eintreten läßt, weil sie in den zum rechtsgeschäftlichen Tatbestand gehörenden Willenserklärungen als gewollt bezeichnet sind.

2. Objektive, gesetzliche Rechtswirkungen eines Rechtsgeschäfts sind die Rechtswirkungen, die das Gesetz unabhängig von dem Willen der Parteien mit der Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestandes eintreten läßt, der die subjektiven, willensbestimmten Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts als Tatbestandsmerkmale voraussetzt.

3. Tatsächliche Auswirkungen eines Rechtsgeschäfts sind die Wirkungen, die nach der Kausalität des natürlichen Geschehensablaufs durch die subjektiven, willensbestimmten oder objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen verursacht werden.

6. Die Wirkungen des Rechtsgeschäfts in den verschiedenen Rechtskreisen

Nachdem die Entstehung der verschiedenen Wirkungen des Rechtsgeschäfts aufgezeigt ist, soll nun untersucht werden, in welchem Rechtskreis sie sich entfalten können.

a) Die subjektiven, willensbestimmten Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts

Die durch den Willen der Parteien im Rahmen ihrer Privatautonomie erzeugten subjektiven Rechtswirkungen betreffen in aller Regel nur den Rechtskreis der am Rechtsgeschäft aktiv oder passiv beteiligten Personen[28]. Das gilt vor allem für die belastenden, willensbestimmten Rechtswirkungen. Wie oben S. 38 f. dargelegt, geht die Rechtsordnung davon aus, daß belastende Rechtswirkungen nur dann ein gerechtes Ergebnis verbürgen, wenn sie auch dem Willen des belasteten Teils entsprechen. Deshalb kennt das Gesetz keine Verträge zu Lasten Dritter. Aber auch begünstigende, willensbestimmte Rechtswirkungen treten in der Regel, wie § 516 BGB zeigt, nur im Rechtskreis der am Rechtsgeschäft beteiligten Personen ein. Ausnahmsweise können sie sich auch im Rechtskreis Dritter auswirken. Erwähnt seien hier die Verfügungen von Todes wegen und der Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB). Hier kann auf den Willen des Begünstigten als Korrektiv verzichtet

[28] *v. Tuhr* II, 1 S. 167.

werden, weil ungerechte Ergebnisse nicht zu befürchten sind. Der Dritte hat es aber hier in der Hand, die Verwirklichung dieser ihn begünstigenden Rechtswirkung zu verhindern. Beim Vertrag zugunsten Dritter kann er das aus dem Vertrag erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurückweisen (§ 333 BGB), bei der erbrechtlichen Auflage kann er seine Mitwirkung beim Vollzug der Leistung ablehnen. Ist er zum Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht, dann kann er die angefallene Erbschaft und das Vermächtnis ausschlagen (§§ 1942, 2176 BGB).

b) Die objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts

Soweit die objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen nur das durch Rechtsgeschäft der Parteien geschaffene Rechtsverhältnis näher ausgestalten, entfalten sie sich nur im Rechtskreis der daran beteiligten Personen.

Sie können jedoch, gleichgültig, ob sie begünstigender oder belastender Natur sind, auch den Rechtskreis Dritter betreffen. Denn sie beruhen nicht auf dem privatautonomen, mit rechtsschöpferischer Macht ausgestatteten Willen der Parteien, sondern auf dem Gesetz. Da ihrem Eintritt eine gesetzliche Wertung vorausgeht, sind ungerechte Ergebnisse nicht zu besorgen. Deshalb sind sie, auch wenn sie sich als belastend darstellen, anders als die willensbestimmten Rechtswirkungen, nicht auf den Rechtskreis der am Rechtsgeschäft beteiligten Personen beschränkt. Objektive, gesetzliche Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts, die auf den Rechtskreis dritter, nicht am Rechtsgeschäft beteiligter Personen einwirken, werden auch als *Reflexwirkungen des Rechtsgeschäfts* bezeichnet[29].

Wenn hier von Reflexwirkungen eines Rechtsgeschäfts gesprochen wird, dann ist damit nur etwas ausgesagt, wie diese Wirkungen zustande gekommen sind und in welchem Rechtskreis sie sich entfalten. Dieser Begriff hat einen anderen Sinn, wenn er dazu verwendet wird, durch das objektive Recht verliehene subjektive Rechte von den lediglich begünstigenden Reflexen einer Norm abzugrenzen. Verleiht die Norm dem einzelnen Rechtssubjekt die Macht, seine menschlichen Interessen in der Weise zu befriedigen, daß der Schutz dieser Interessen von seinem Willen abhängt, dann steht ihm ein subjektives Recht zu[30]; bezweckt sie dagegen nur, einen objektiven Zustand herzustellen, der dem einzelnen zwar zugute kommt, ohne ihm jedoch die Rechtsmacht zu übertragen, diesen Zustand auch selbst durchzusetzen, dann handelt es sich nur um Reflexwirkungen[31] oder Reflexe[32] dieser Norm.

Diese qualitative Unterscheidung liegt auf einer anderen Ebene und ist hier

---

[29] *v. Tuhr II*, 1 S. 167, 12; 2 S. 377.
Der Begriff »Reflexwirkung« geht auf *v. Jhering* zurück, der sich in seinem Aufsatz: »Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen« (JherJb 10, S. 244 ff.) erstmals grundlegend mit diesen Erscheinungen befaßt hat.

[30] *Enneccerus-Nipperdey* § 72 S. 428 f.; *Lehmann* (AT) § 10 III S. 70 f.; *v. Tuhr* I S. 53 ff.

[31] S. dazu *Enneccerus-Nipperdey* § 72 I Anm. 5; *Lehmann* (AT) § 10 III S. 71; *Bachof* in *Jellinek*-Gedächtnisschrift S. 287 ff.

[32] *Forsthoff* § 10, 3 S. 175.

nicht gemeint, wenn von Reflexwirkungen des Rechtsgeschäfts gesprochen wird[33].

So brauchen willensbestimmte Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts, wenn sie den Rechtskreis Dritter betreffen, für diese nicht subjektive Rechte zu begründen, wie der unechte Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 2 BGB) und die erbrechtliche Auflage (§ 2194 BGB) beweisen. Andererseits lassen Reflexwirkungen des Rechtsgeschäfts sehr häufig subjektive Rechte entstehen. Der Gläubiger einer verpfändeten Forderung erwirbt, wenn der Pfandgläubiger sie bei dem Schuldner einzieht, mit der Leistung an diesen nach § 1287 BGB unmittelbar Eigentum an dem geleisteten Gegenstand. In gleicher Weise erwerben die Miterben aus einem Rechtsgeschäft, das sich (objektiv)[34] auf den Nachlaß bezieht, Eigentum zur gesamten Hand an den übertragenen Gegenständen (§ 2041 BGB). Hierher gehören auch die Fälle der §§ 1473, 2019 BGB und des § 1381 a. F. BGB, die auch als begünstigende Reflexwirkung eines Rechtsgeschäfts subjektive Rechte entstehen lassen.

Eine belastende Reflexwirkung eines Rechtsgeschäfts entsteht im Falle des § 881 Abs. 1 BGB, wenn eine Hypothek, für die ein Rangvorbehalt vereinbart war, eingetragen wird. Die bisher auf der vorbehaltenen Rangstelle stehende Hypothek eines Dritten tritt zurück[35]. Eine belastende Reflexwirkung des Rechtsgeschäfts ergibt sich auch aus § 356 BGB. Wenn nämlich eine von mehreren an einem Vertrag beteiligten Personen auf das Rücktrittsrecht verzichtet, erlischt es auch für die anderen.

Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Erwähnt sei nur noch der Fall des § 128 HGB, der an späterer Stelle noch von Bedeutung sein wird. Wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter einer OHG im Namen der Gesellschaft für diese eine Verbindlichkeit begründet, dann entsteht für die einzelnen Gesellschafter als Träger ihres Privatvermögens als belastende Reflexwirkung ihre persönliche Haftung für diese Verbindlichkeit.

c) Die tatsächlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts

Wie oben bereits ausgeführt wurde, können sich diese nach der natürlichen Kausalität entstandenen Wirkungen sowohl in der Sphäre der am Rechtsgeschäft beteiligten als auch dritter Personen äußern. Wenn sie günstig oder nachteilig auf den Interessenkreis Dritter einwirken, sollen sie nicht als Reflexwirkung bezeichnet werden. Dieser Begriff soll für die objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts, die den Rechtskreis Dritter betreffen, vorbehalten bleiben[36].

---

33 Sie hat im öffentlichen Recht für das entsprechende Begriffspaar »subjektives öffentliches Recht« und »Reflexwirkung« besondere praktische Bedeutung für die Gewährung des Rechtswegs nach Art. 19 Abs. 4 GG (s. dazu *Forsthoff* § 10, 3 S. 175 f. einerseits u. *Bachof* a. a. O. S. 300 andererseits) und die verwaltungsgerichtliche Klage nach § 42 VwGO erlangt. S. dazu auch *Wolff* § 43 S. 223 ff. und *Enneccerus-Nipperdey* § 72 I Anm. 5 mit weiteren Literaturangaben.

34 *Erman-Bartholomeyczik* § 2041 Anm. 1.

35 *Erman-Westermann* § 881 Anm. 5.

36 *Anders v. Tuhr II*, 1 S. 12.

IV. Die Wirkungen der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung

Die Privatrechtsordnung verleiht, wie oben unter II. S. 37 ff. ausgeführt wurde, dem einzelnen die Macht, in bestimmten Grenzen seine Lebensverhältnisse selbst zu gestalten, denn eine allumfassende hoheitliche Fürsorge und Güterverteilung durch den Staat würde die Privatinitiative des einzelnen lähmen, wäre ihm nicht dienlich und würde auch dem Menschenbild der abendländischen Kultur und ihren Grundlagen nicht entsprechen[37].

Da die Rechtsordnung den einzelnen in die Lage versetzt, sein Leben und seine Beziehungen zur Umwelt im Rahmen der Privatautonomie zu gestalten, geht sie davon aus, daß er die seinem Willen verliehene rechtsschöpferische Macht auch selbst, in eigener Person, betätigt, er also die Rechtsgeschäfte, die als »Mittel zur schöpferischen Eigengestaltung der menschlichen Lebensverhältnisse«[38] zur Verfügung stehen, durch Abgabe und Empfang von Willenserklärungen in eigener Person abschließt. Die Rechtsordnung trifft aber auch für den Fall Vorsorge, daß der einzelne aus rechtlichen (z. B. Geschäftsunfähigkeit, § 104 BGB) oder tatsächlichen Gründen (z. B. Abwesenheit) daran gehindert ist, die zur Gestaltung seiner Lebensverhältnisse erforderlichen Willenserklärungen selbst abzugeben. Hierfür stellt sie das Rechtsinstitut der Stellvertretung zur Verfügung, mit dem sie es ermöglicht, daß an seiner Stelle ein anderer, der Vertreter, die Beziehungen des einzelnen zur Umwelt durch Abschluß von Rechtsgeschäften regelt. Beim Vertretergeschäft ist der Vertreter der rechtsgeschäftlich Handelnde oder bei der passiven Stellvertretung derjenige, demgegenüber gehandelt wird[39]. Er gibt die zum Rechtsgeschäft erforderlichen Willenserklärungen ab (§ 164 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das Rechtsgeschäft beruht deshalb in seiner Begründung, Rechtsbeständigkeit und Tragweite ausschließlich auf seinem Entschluß und seiner Handlung[40]. Das BGB geht also von der schon im gemeinen Recht herrschenden Repräsentationstheorie aus, nach der der Vertreter das Rechtsgeschäft abschließt, so daß sich auch die Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts (Geschäftsfähigkeit, Einfluß von Willensmängeln) nach der Person des Vertreters bestimmen[41].

Das Ergebnis seines Handelns, das Rechtsgeschäft, wird aber nicht ihm, sondern dem Vertretenen zugerechnet, stellt sich also als eine Regelung des Vertretenen dar[42], wenn die Voraussetzungen einer wirksamen Vertretung vorliegen. Hierzu gehört nach § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB einmal, daß dem Vertreter die Macht zusteht, für den Vertretenen zu handeln (Vertretungsmacht) und zum anderen, daß der Vertreter nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen seinen Willen, in dieser Weise zu handeln, nach außen erkennbar werden läßt (Offenkundigkeitsprinzip).

---

37 *Brox* S. 86 f..

38 *Rosenberg* (Stellvertretung) S. 55.

39 *Flume* S. 164.

40 *Erman-Böhle-Stamschräder* § 164 Anm. 2.

41 S. dazu *Lehmann* (AT) § 36 I 4 S. 287 f.; *Enneccerus-Nipperdey* § 182 II S. 1115 f.. Zur Entwicklung der Vertretungslehre im gemeinen Recht s. Weiser, S. 56 ff. mit weiteren Literaturangaben.

42 *Flume* S. 164.

Das Gesetz kann dem Vertreter die Vertretungsmacht unmittelbar selbst verleihen (so in § 1629 BGB den Eltern[43]) oder auch von einer rechtsgeschäftlichen Erteilung durch den Vertretenen abhängig machen (§ 167 BGB). Im zweiten Falle liegt also auch die Entscheidung darüber, ob der einzelne einen anderen dazu autorisieren will, seine Lebensverhältnisse in bestimmten Grenzen zu gestalten, im Rahmen seiner Privatautonomie. Wenn nun § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB bestimmt, daß die Willenserklärung des Vertreters »unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt«, dann ist damit gesagt, daß das Ergebnis dieses rechtsgeschäftlichen Handelns des Vertreters, das Rechtsgeschäft, der Person des Vertretenen zugeordnet wird, der Vertretene also als Partner des Rechtsgeschäfts behandelt wird, obwohl er bei dessen Vornahme nicht mitgewirkt hat. Damit ist aber nicht gesagt, daß die subjektiven, willensbestimmten Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts, das der Vertreter anstelle des Vertretenen abgeschlossen hat, immer den Rechtskreis des Vertretenen positiv oder negativ, begünstigend oder belastend, beeinflussen müssen. Das wird zwar in der Regel der Fall sein, weil die willensbestimmten Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts meistens nur den Rechtskreis der daran beteiligten Personen betreffen; es braucht aber nicht so zu sein, wie die §§ 328, 335 und §§ 317, 318 BGB zeigen.

Wenn beispielsweise der Vertreter für den Vertretenen ein Rechtsgeschäft abschließt, bei dem sich der andere Vertragspartner verpflichtet, einem Dritten unentgeltlich einen Gegenstand zu übertragen (§ 328 BGB) und der Dritte abweichend von der Auslegungsregel des § 335 BGB ausschließlich das Recht haben soll, die versprochene Leistung zu fordern, dann wird der Rechtskreis des Vertretenen durch die willensbestimmten Rechtswirkungen dieses Rechtsgeschäfts nicht betroffen. Sie berühren nur den Rechtskreis des anderen Vertragspartners und des Dritten.

Ebenso wird im Falle des § 318 BGB der Rechtskreis des Dritten, dem die Bestimmung der Leistung eines der Vertragsschließenden überlassen ist, auch dann nicht berührt, wenn er sich bei der Bestimmung der Leistung vertreten läßt.

Andererseits sind die Fälle, in denen die willensbestimmten Rechtswirkungen eines Rechtsgeschäfts den Rechtskreis einer Person betreffen, die nicht selbst beim Abschluß des Rechtsgeschäfts mitgewirkt hat, nicht auf die Stellvertretung beschränkt. Erwähnt sei nur das Handeln des Ermächtigten, der durch Handeln im eigenen Namen auf den Rechtskreis eines anderen einwirken kann[44] und der Abschluß eines Vertrages nach § 328 BGB, bei dem die begünstigenden willensbestimmten Rechtswirkungen den Rechtskreis eines nicht an dem Vertragsschluß beteiligten Dritten betreffen.

Es ist daher nicht richtig, wenn man das Wesen der Vertretung einseitig danach bestimmt, daß durch das Vertretergeschäft für den Vertretenen in der Regel begünstigende oder belastende willensbestimmte Rechtswirkungen erzeugt werden, das »Essentiale des Stellvertretungsbegriffs« daher »in der Fremdwirkung« erblickt[45].

---

43 S. BverfG vom 29. 7. 1959 (BGBl. I S. 633).

44 S. dazu *Lehmann* (AT) § 37 VI S. 316.

45 So *Bettermann*, Vom stellvertretenden Handeln, S. 102; zitiert nach *Müller-Freienfels*, Vertretung beim Rechtsgeschäft S. 26.

Erst recht ist es verfehlt, Stellvertretung und Vertrag zugunsten Dritter wegen der »Fremdwirkung« auf eine Ebene zu stellen und den Vertrag zugunsten Dritter als neue Form der Stellvertretung anzusehen[46]. *Müller-Freienfels*[47] hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die Stellvertretung eine Sonderkategorie des Geschäftsabschlusses und der Vertrag zugunsten Dritter eine Sonderform des Vertrages ist, die beide auf verschiedenen Ebenen liegen und sogar zusammen in demselben Rechtsgeschäft verwendet werden können, wie oben gezeigt wurde.

Deshalb kann die Frage, ob eine Stellvertretung vorliegt, nicht nach den Wirkungen, die ein Rechtsgeschäft erzeugt, sondern nur nach der Art, wie das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, bestimmt werden. Entscheidend für das Wesen der Stellvertretung ist es, daß der Vertreter anstelle des Vertretenen eine Willenserklärung abgibt oder empfängt, also die Art des Geschäftsabschlusses, nicht aber, daß die willensbestimmten Rechtswirkungen in der Regel den Rechtskreis des Vertretenen betreffen. Verlagert man bei der Betrachtung der Stellvertretung den Schwerpunkt einseitig darauf, daß durch das Vertretergeschäft »Fremdwirkungen« erzeugt werden, dann wird man dem Wesen der Stellvertretung nicht gerecht[48]. Außerdem kann eine derartige Betrachtung der Stellvertretung von den Wirkungen her zu unrichtigen Schlußfolgerungen verleiten, wie die Begründung *O. v. Gierkes* und der anderen oben erwähnten Vertreter einer weitergehenden Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht zeigt.

Ausgehend davon, daß die willensbestimmten Rechtswirkungen des Vertretergeschäfts in der Regel den Rechtskreis des Vertretenen treffen, folgern sie, daß umgekehrt derjenige, der durch die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts in seinem Rechtskreis betroffen wird, damit auch vertreten werde, der Handelnde also für ihn Vertretungsmacht haben müsse.

Dieser Umkehrschluß ist noch nicht einmal für die auf dem Willen des Vertreters beruhenden subjektiven Rechtswirkungen berechtigt, weil diese Rechtswirkungen nur in der Regel, aber nicht immer den Rechtskreis des Vertretenen berühren müssen, wie die oben angeführten Beispiele zu den §§ 328 und 318 BGB gezeigt haben. Er ist hinsichtlich der objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen und der tatsächlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts erst recht verfehlt. Diese Wirkungen treten unabhängig von dem Willen des einzelnen ein. Die objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen beruhen auf dem Gesetz, die tatsächlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts treten nach den Grundsätzen des natürlichen Geschehensablaufs unabhängig von dem Willen des Handelnden ein.

Das BGB kennt aber nur eine Stellvertretung bei der Abgabe und dem Empfang von Willenserklärungen (§ 164 BGB)[49], also nur dort, wo der einzelne seine Bezie-

---

[46] So unrichtig *Gschnitzer* bei *Klang* § 881 Anm. 14; *Schlossmann* I S. 63.

[47] S. 26 m. w. Nachw..

[48] S. auch *Leonhard, JherJb.* 86 S. 1 ff. (4, 6, 10, 16 f.).

[49] S. *Lehmann* (AT) § 36 III a S. 290.
Allerdings werden die Vorschriften über die Vertretung beim Rechtsgeschäft auf sonstige »Rechtshandlungen«, vor allem auf die sogenannten Willensäußerungen ohne Kundmachungszweck und auf die sonstigen unmaßgeblichen Willensäußerungen, wie die Mahnung, entsprechend angewendet. Einzelheiten dazu bei *Lehmann* (AT) § 36 III b S. 290.

hung zur Umwelt durch seinen Willen privatautonom gestalten kann. Mit seinem Willen kann er aber nur die in seinen Willenserklärungen als gewollt bezeichneten Rechtswirkungen, die subjektiven, willensbestimmten Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts hervorrufen. Der Eintritt der objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen und tatsächlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts ist der Privatautonomie des einzelnen entzogen und beruht nicht auf seinem mit rechtsschöpferischer Macht ausgestatteten Willen. Da diese Wirkungen des Rechtsgeschäfts nicht deshalb eintreten, weil sie von dem einzelnen gewollt sind, die Rechtsordnung aber eine Vertretung nur dort kennt, wo der einzelne seine Rechtsbeziehungen durch seinen Willen rechtsschöpferisch ordnen kann, ist eine Stellvertretung bei der Herbeiführung der objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen und tatsächlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts gar nicht möglich. Deshalb ist es unrichtig, wenn man rückschließend von dem Eintritt derartiger Wirkungen fordert, daß der Handelnde für denjenigen Vertretungsmacht haben müsse, in dessen Rechtskreis sich diese Wirkungen des Rechtsgeschäfts verwirklichen.

Das wird noch deutlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, daß objektive, gesetzliche Rechtswirkungen in Gestalt der Reflexwirkungen und tatsächliche Auswirkungen des Rechtsgeschäfts häufig im Rechtskreis dritter, nicht am Rechtsgeschäft beteiligter Personen eintreten. Hier hat noch niemand gefordert, daß der einzelne, wenn er ein derartiges Rechtsgeschäft selbst abschließt, von den in ihrem Rechtskreis betroffenen Dritten Vertretungsmacht haben müsse, um ein solches Rechtsgeschäft wirksam vornehmen zu können[50]. Ebensowenig benötigt der Vertreter, wenn er anstelle des einzelnen handelt, von den dritten Personen Vertretungsmacht, die von den Reflexwirkungen oder tatsächlichen Auswirkungen des von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfts in ihrem Rechtskreis getroffen werden.

Vertretungsmacht ist lediglich erforderlich, damit der Vertreter anstelle des einzelnen bestimmte Willenserklärungen abgeben oder empfangen kann mit der Folge, daß das Ergebnis dieses rechtsgeschäftlichen Handelns dem einzelnen zugerechnet wird[51]. Ob die Vertretungsmacht als »rechtliche Fähigkeit«[52], als Gestaltungsrecht[53] oder als »Habilitation zur Begründung privater Pflichten für die Vertretenen«[54] anzusehen ist, braucht hier nicht erörtert zu werden. Wenn man also feststellen will, ob der Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehandelt hat, dann ist lediglich von den Willenserklärungen auszugehen, die er im Namen einer bestimmten Person abgegeben oder empfangen hat, nicht aber von den Wirkungen, die sich im Anschluß an das abgeschlossene Rechtsgeschäft kraft Gesetzes oder nach der Kausalität des natürlichen Geschehensablaufs ergeben. Hierbei ist es gleichgültig, ob diese Wirkungen des Rechtsgeschäfts im Rechtskreis des Vertretenen oder eines Dritten eintreten. Hat der Vertreter für eine bestimmte Person ihrem Inhalt nach solche Willenserklärungen abgegeben oder empfangen, zu deren Abgabe oder

---

50 *v. Tuhr* II, S. 377.
51 S. dazu *Kuhn* in RGRK z. BGB § 164 Anm. 2; *Staudinger-Coing* § 164 Anm. 20.
52 So *v. Tuhr II*, 2 S. 335; s. auch die Angaben bei *Müller-Freienfels* S. 35 Anm. 3.
53 *Raape* AcP 121, 257 (267); s. auch die Angaben bei *Müller-Freienfels* S. 40 Anm. 31.
54 *Müller-Freienfels* S. 45.

Empfang er im Namen dieser Person autorisiert war, dann hat er innerhalb seiner Vertretungsmacht gehandelt. Wenn er dagegen Willenserklärungen abgibt oder empfängt, die ihrem Inhalt nach nicht zu dem Kreis der Willenserklärungen gehören, zu deren Abgabe oder Empfang er auf Grund seiner Vertretungsmacht berechtigt ist, oder wenn er gar für jemanden auftritt, zu dessen Vertretung er überhaupt nicht befugt ist, dann handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht.

Übertragen auf die gesellschaftliche Vertretung nach den §§ 125, 126 HGB ist der Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft, d. h. der Gesellschafter als Mitträger des gesamthänderisch gebundenen Sondervermögens, berechtigt. Diese Vertretungsmacht erstreckt sich nach § 126 Abs. 1 HGB auf sämtliche gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsgeschäfte. Demnach wären sämtliche Willenserklärungen, die der vertretungsberechtigte Gesellschafter im Namen der Gesellschaft abgibt oder empfängt, von seiner Vertretungsmacht gedeckt, auch wenn die Reflexwirkungen oder tatsächlichen Auswirkungen dieser Rechtsgeschäfte den Rechtskreis Dritter betreffen. Zu den Dritten gehören auch die einzelnen Gesellschafter als Träger ihres Privatvermögens, die insoweit nicht an dem Abschluß dieser Rechtsgeschäfte beteiligt sind.

V. Die weitergehende Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht, erläutert an einigen Beispielen

An einigen Beispielen soll nun aufgezeigt werden, daß die Befürworter einer weitergehenden Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht, vor allem O. *v. Gierke*, nicht nur ungenau formulieren, sondern die gesellschaftliche Vertretungsmacht – zumindest in bestimmten Fällen – in der Tat dann ausschließen wollen, wenn die Reflexwirkungen oder tatsächlichen Auswirkungen der Rechtsgeschäfte, die der vertretungsberechtigte Gesellschafter im Namen der Gesellschaft abschließt, die einzelnen Gesellschafter als Träger ihres Privatvermögens treffen.

1. Die Veräußerung des gesellschaftlichen Handelsgeschäfts

Wie oben S. 19 ff. dargelegt wurde, findet sich auch im neueren Schrifttum noch häufiger die Ansicht, daß die gesellschaftliche Vertretungsmacht sich mindestens dann nicht auf die Veräußerung des gesellschaftlichen Handelsgeschäfts im ganzen erstrecke, wenn hierdurch der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft eingestellt und die Gesellschaft damit praktisch beendet werden würde; denn damit würde der Gesellschaftsvertrag geändert werden[55]. Bei der Untersuchung sind der auf die Übertragung des Geschäftsvermögens gerichtete obligatorische Vertrag und die Übertragung der einzelnen zum Geschäftsvermögen gehörenden Gegenstände getrennt zu behandeln.

a) Wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter im Namen der Gesellschaft die Verpflichtung eingeht, das gesellschaftliche Handelsgeschäft im ganzen zu über-

[55] S. die oben S. 21 Anm. 59 und S. 20 Anm. 50, 52 bis 55 Zitierten.

tragen, dann wird aus diesem obligatorischen Vertrag (rechtsgeschäftlich)[56] nur die Gesellschaft, d. h. die Gesellschafter in ihrem Zusammenschluß zur Gesellschaft, verpflichtet. Da sich seine Vertretungsmacht nach dem Wortlaut des § 126 Abs. 1 HGB auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfts erstreckt, ist auch dieser Vertrag von ihr umfaßt.

b) Wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter diese Verbindlichkeit dadurch erfüllt, daß er im Namen der Gesellschaft die einzelnen Gegenstände des Geschäftsvermögens in den für sie geltenden Formen (§§ 398, 873, 925, 929 ff. BGB)[57] überträgt, dann sind auch diese Rechtsgeschäfte von seiner Vertretungsmacht gedeckt. Da er hierbei ausschließlich über Gegenstände verfügt, die der Gesellschaft, den Gesellschaftern als Mitträgern des gesamthänderischen Sondervermögens, zustehen, sind seine Verfügungen auch aus diesem Grunde wirksam.

Die Übertragung sämtlicher Gegenstände des Geschäftsvermögens kann nun nach den Grundsätzen des natürlichen Geschehensablaufs bewirken, daß die Gesellschaft kein Handelsgewerbe mehr betreiben kann. Das wird beispielsweise dann der Fall sein, wenn es aus irgendwelchen Gründen nicht möglich ist, ein neues Handelsgeschäft zu erwerben. Die OHG wird, wenn sie kein Handelsgewerbe mehr betreibt, automatisch zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts[58]. Auf Grund dieser Tatsache können die Gesellschafter gezwungen sein, die Gesellschaft aufzulösen. Ihnen wird also das Recht, über den Fortbestand oder die Auflösung der Gesellschaft frei zu entscheiden (s. § 131 Nr. 2 HGB), praktisch genommen. Hierbei handelt es sich jedoch lediglich um eine tatsächliche Auswirkung der rechtsgeschäftlichen Übertragung der zum Geschäftsvermögen gehörenden Gegenstände. Wenn diese tatsächliche Auswirkung auch die einzelnen Gesellschafter als Träger ihres Privatvermögens trifft, dann werden sie deshalb, wie oben ausgeführt wurde, noch nicht vertreten. Daher benötigt der vertretungsberechtigte Gesellschafter für die Übertragung des Geschäftsvermögens auch keine Vertretungsmacht für die einzelnen Gesellschafter, die insoweit als Dritte gar nicht an dem von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäft beteiligt sind.

2. Die Kündigung des Dienstverhältnisses eines Prokuristen (Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 20. 10. 1960)[59]

Instruktiv ist auch der Fall, mit dem sich das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 20. 10. 1960 zu beschäftigen hatte. Wie oben S. 26 dargestellt wurde, war in dem Gesellschaftsvertrag einer Kommanditgesellschaft der Kommanditistin das Recht eingeräumt worden, »daß ihr Ehemann oder eine andere Person ihres Vertrauens, möglichst ein Mitglied ihrer Familie, in die Geschäftsführung der Firma als Prokurist eintritt«. Das daraufhin mit ihrem Ehemann eingegangene Dienstverhältnis wurde später von dem alleinvertretungsberechtigten Komplementär fristlos gekündigt.

---

[56] Die kraft Gesetzes nach § 128 HGB eintretende Haftung der einzelnen Gesellschafter für diese Verbindlichkeit der Gesellschaft hat hier außer Betracht zu bleiben. S. dazu unten S. 55 ff.

[57] S. dazu oben S. 20 Anm. 46.

[58] BGHZ 32, 307.

[59] BAGE 10, 122.

Das Bundesarbeitsgericht hat diese Kündigung als unwirksam angesehen, weil durch sie »die innere Organisation«, die »Grundlagen der Gesellschaft« berührt würden und sie deshalb nicht von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht nach §§ 161 Abs. 2, 125, 126 HGB gedeckt sei.

Auszugehen ist zunächst davon, daß Vertragspartner des mit dem Ehemann der Kommanditistin abgeschlossenen Dienstvertrages nur die Gesellschaft, nicht aber die einzelnen Gesellschafter als Träger ihres Privatvermögens waren. Es ist hierbei ohne Bedeutung, daß der Abschluß dieses Vertrages und die Erteilung der Prokura bereits im Gesellschaftsvertrag vorgesehen waren und die Kommanditistin gegenüber der Gesellschaft einen Anspruch hierauf hatte. Selbst wenn der Dienstvertrag gleichzeitig mit dem Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden wäre, wären daran als Partner nur die Gesellschafter in ihrem Zusammenschluß zur Gesellschaft beteiligt gewesen. Deshalb stand auch das Kündigungsrecht nach § 626 BGB nur der Gesellschaft zu. Wenn nun der Komplementär im Namen der Gesellschaft die Kündigung erklärt und damit das Gestaltungsrecht der Gesellschaft ausübt, dann vertritt er ausschließlich die Gesellschaft. Die von ihm abgegebene Willenserklärung ist nur darauf gerichtet, die Beendigung des Dienstverhältnisses herbeizuführen und ist auch nur insoweit mit rechtsschöpferischer Macht ausgestattet. Da sich seine Vertretungsmacht nach § 126 Abs. 1 HGB auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte erstreckt, ist von ihr auch die Kündigung eines Dienstverhältnisses gedeckt, das die Gesellschaft mit einem Dritten eingegangen ist.

Selbst wenn eine Auslegung des Gesellschaftsvertrages ergeben würde, daß das Dienstverhältnis des Ehemannes der Kommanditistin nur auf Grund eines gemeinsamen Beschlusses aller Gesellschafter, also auch der Kommanditistin, gekündigt werden durfte, dann hätte das nur Bedeutung für das Innenverhältnis. Eine hiergegen verstoßende Kündigung wäre wirksam, könnte aber den Komplementär u. U. wegen Überschreitung seiner Geschäftsführungsbefugnis zum Schadensersatz verpflichten.

Die Kündigung des Dienstverhältnisses wirkte sich im vorliegenden Fall für die Kommanditistin in ihrer Stellung als Gesellschafterin zwar ungünstig aus. Sie war in hohem Maße daran interessiert, daß ihr Ehemann Angestellter und Prokurist der Gesellschaft blieb und sie auf diese Weise mittelbar die Geschäftsführung der Gesellschaft überwachen und beeinflussen konnte. Wenn das Bundesarbeitsgericht aus diesem Grunde die Kündigung des Dienstverhältnisses als nicht mehr von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht gedeckt ansieht, dann schwingt auch hier die unrichtige Vorstellung mit, daß die Kommanditistin, weil sie als Trägerin ihres Privatvermögens von tatsächlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts der Kündigung betroffen wird, damit auch vertreten werde, wozu die gesellschaftliche Vertretungsmacht den Komplementär nicht berechtige.

3. Die Aufnahme und die Verpflichtung zur Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters in eine OHG

a) Die Aufnahme selbst

Auszugehen ist davon, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter nach §§ 125 Abs. 1, 126 HGB nur zur Vertretung der Gesellschaft, nicht aber der einzelnen Gesellschafter berechtigt ist. Ob er daher auf Grund seiner gesellschaftlichen Vertretungsmacht einen weiteren Gesellschafter aufnehmen kann, hängt davon ab, ob bei diesem Rechtsgeschäft die Gesellschaft oder die einzelnen Gesellschafter beteiligt sind. Die offene Handelsgesellschaft wird nach § 105 Abs 1 HGB durch einen Vertrag der einzelnen Gesellschafter ins Leben gerufen. Das hierdurch zwischen den einzelnen Gesellschaftern geschaffene Gesellschaftsverhältnis kann nur von ihnen als den daran beteiligten Vertragspartnern rechtsgeschäftlich geändert werden (§ 305 BGB). Ein neuer Gesellschafter wird dadurch in die Gesellschaft aufgenommen, daß die vorhandenen Gesellschafter mit ihm einen Gesellschaftsvertrag abschließen und insoweit das zwischen ihnen bestehende Gesellschaftsverhältnis abändern. Die Gesellschaft als Gesamtheit der Gesellschafter ist an diesem Vertrag nicht beteiligt. Daher ist die Aufnahme eines Gesellschafters wie jede vertragliche Änderung des Gesellschaftsverhältnisses kein Rechtsgeschäft, das in Vertretung der Gesellschaft mit einem Dritten durch den vertretungsberechtigten Gesellschafter abzuschließen wäre[60]. Deshalb kann der vertretungsberechtigte Gesellschafter, der auf Grund seiner Vertretungsmacht nur für die Gesellschaft rechtsgeschäftlich handeln kann, auch nicht einen persönlich haftenden Gesellschafter in die Gesellschaft aufnehmen.

Es ist allerdings möglich, daß einem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag das Recht eingeräumt wird, einen Dritten als weiteren Gesellschafter oder an seiner Stelle aufzunehmen[61]. Hierin ist in aller Regel eine Bevollmächtigung zu erblicken, die übrigen Gesellschafter beim Abschluß des Aufnahmevertrages zu vertreten[62]. Nimmt er auf Grund dieser Bestimmung des Gesellschaftsvertrages einen Dritten in die Gesellschaft auf, dann handelt er einerseits im eigenen Namen und andererseits als Vertreter seiner Mitgesellschafter. Die Gesellschaft als Gesamtheit ist auch hier an dem Aufnahmevertrag nicht beteiligt.

b) Der zur Aufnahme verpflichtende Vertrag

Nach der heute herrschenden Meinung soll aber auch ein Vertrag, in dem sich die OHG verpflichtet, ihrem Vertragspartner die Mitgliedschaft in der OHG zu verschaffen, nicht von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht umfaßt sein[63]. Die

---

60 *Hueck* in Festschr. f. *H. Lehmann* S. 243; ders. (OHG) S. 284; BGHZ 26, 330 (333); RGZ 91, 412 (415); RGZ 128, 172 (176); OLG Düsseldorf Betrieb 1951, 443.

61 *Schlegelberger-Geßler* § 130 Anm. 13; *Schopp*, Rpfleger 1963, 186 (187); *Weipert* in RGRK z. HGB § 130 Anm. 3.

62 *Hueck* (OHG) S. 289.

63 *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 126 Anm. 3; *Hueck* (OHG) S. 213; *Schlegelberger-Geßler* § 126 Anm. 7; *Weipert* in RGRK z. HGB § 126 Anm. 7; a. A. RG JW 1921, 1239 mit zust. Anm. von *Pinner*.

OHG könnte zwar eine derartige Verpflichtung nicht selbst erfüllen. Denn ein Gesellschafter kann, wie oben dargelegt, nur durch einen Vertrag mit den einzelnen bisherigen Gesellschaftern in die Gesellschaft aufgenommen werden. Für die Wirksamkeit eines Vertrages ist es aber nicht erforderlich, daß der Schuldner seine Leistung in Person erbringen kann. Ein Vertrag ist nichtig, wenn er auf eine (objektiv) unmögliche Leistung gerichtet ist (§ 306 BGB). Dieser Schuldvertrag wäre nur dann auf eine rechtlich unmögliche Leistung gerichtet und damit nach § 306 BGB nichtig, wenn er so auszulegen wäre, daß sich die OHG verpflichtet, dem Dritten in der Weise die Mitgliedschaft einzuräumen, daß sie selbst mit ihm den Aufnahmevertrag abschließt. Für eine derartige Auslegung besteht jedoch in der Regel keine Veranlassung. Im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit können die Parteien Schuldverhältnisse mit jedem beliebigen Inhalt begründen. Ihr Inhalt darf nur nicht gegen die guten Sitten (§ 138 BGB), gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder gegen sonstige zwingende gesetzliche Vorschriften verstoßen. Ebenso wie sich z. B. der Verkäufer verpflichten kann, Eigentum an einer ihm nicht gehörenden Sache zu verschaffen, kann die OHG sich zur Aufnahme eines weiteren Gesellschafters verpflichten[64], auch wenn sie sie nicht selbst vollziehen kann, sondern dazu ein Vertrag der einzelnen Gesellschafter erforderlich ist, die insoweit als Dritte anzusehen sind. Da sich die gesellschaftliche Vertretungsmacht nach dem Wortlaut des § 126 Abs. 1 HGB auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte erstreckt, müßte auch ein derartiger Vertrag von der Vertretungsmacht des Gesellschafters gedeckt sein.

Von diesen Überlegungen ist wohl auch das Reichsgericht ausgegangen, wenn es nur für die Aufnahme selbst, nicht aber für den darauf gerichteten schuldrechtlichen Vertrag die Mitwirkung aller Gesellschafter verlangt hat.[65]

Wenn sich eine Vertragspartei zu einer Leistung verpflichtet, die nicht sie selbst, sondern nur ein Dritter erbringen kann, dann hängt es im Normalfall allein von der Entscheidung des Dritten ab, ob er diese Verbindlichkeit erfüllen will oder nicht. Der Dritte ist durch diesen Vertrag, an dessen Abschluß er nicht beteiligt war, nicht gebunden. Er wird daher in der Regel nur dann bereit sein, die Verbindlichkeit des anderen zu erfüllen, wenn ihm dieser hierfür eine Gegenleistung gewährt oder bereits gewährt hat.

Diese Entscheidungsfreiheit haben die einzelnen Gesellschafter dagegen nicht, wenn die OHG sich zu einer Leistung verpflichtet, die nur sie, als insoweit nicht am Vertrag beteiligte Dritte, erfüllen können. Sie haften nach § 128 HGB kraft Gesetzes als einzelne persönlich für die von der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten. Diese Haftung trifft sie als Reflexwirkung des von der Gesellschaft mit ihrem Vertragspartner abgeschlossenen Rechtsgeschäfts. Damit werden sie als Träger ihres Privatvermögens zwar nicht vertreten, wie oben ausführlich dargelegt wurde. Wenn die heute herrschende Meinung entgegen dem Reichsgericht die gesellschaftliche Vertretungsmacht dennoch nicht auf einen Vertrag erstrecken will, durch den für die Gesellschaft die Verpflichtung zur Aufnahme eines Gesellschafters be-

[64] Auch *Hueck* erkennt an, daß die Gesellschaft Dritten gegenüber ein bestimmtes Verhalten der einzelnen Gesellschafter zusagen kann (OHG) S. 226 Anm. 15 und S. 227.

[65] RG JW 1921, 1239.

gründet wird, dann dürfte der Grund hierfür darin zu suchen sein, daß die einzelnen Gesellschafter, weil sie nach § 128 HGB auch für diese Gesellschaftsverbindlichkeit haften, nicht frei entscheiden können, ob sie den Gesellschaftsgläubiger in ihr Gesellschaftsverhältnis einbeziehen wollen oder nicht. Diese Entscheidungsfreiheit wollen die Vertreter der herrschenden Meinung aber den einzelnen Gesellschaftern in jedem Fall belassen.

Um nun bestimmen zu können, in welchem Umfang die Entscheidungsfreiheit der Gesellschafter durch ein derartiges Rechtsgeschäft eingeschränkt werden könnte, muß darauf eingegangen werden, welchen Inhalt ihre Haftung nach § 128 HGB hat.

Diese Frage ist auch heute noch sehr bestritten. Es würde allerdings den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wenn hier die zahlreichen, in einzelnen Punkten voneinander abweichenden Ansichten dargestellt und gesondert gewürdigt würden. Deshalb sollen nur die wichtigsten Ansichten und diese auch nur in den Grundzügen dargestellt und gegeneinander abgewogen werden.

Die im neueren Schrifttum wohl herrschende Ansicht sieht in den Verbindlichkeiten der Gesellschaft zugleich Schulden der einzelnen Gesellschafter[66]. Nach ihr haften die einzelnen Gesellschafter deshalb nicht nur auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern sie können von den Gesellschaftsgläubigern persönlich auf die Erfüllung selbst in Anspruch genommen werden. Die herrschende Lehre geht davon aus, daß die OHG nicht eine von ihren Gesellschaftern getrennte juristische Person ist, daß vielmehr die Gesellschafter Träger sämtlicher Rechte und Pflichten der Gesellschaft sind. Aus der Identität von Gesellschaft und Gesellschaftern folgert sie, daß gegen die unter ihrer Firma auftretenden Gesellschafter und die einzelnen Gesellschafter nicht verschiedene Verbindlichkeiten entstehen könnten. Die Bedeutung des § 128 HGB erschöpft sich nach ihr darin, daß den Gläubigern der Gesellschaft neben dem gesamthänderisch gebundenen Gesellschaftsvermögen auch noch das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter als Haftungsobjekt zur Verfügung steht.

Nach der Gegenansicht schulden die einzelnen Gesellschafter immer nur das Interesse, das der Gesellschaftsgläubiger an der Erfüllung durch die Gesellschaft hat[67]. Sie können also immer nur auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch genommen werden. Die Vertreter der Gegenansicht legen der Gesellschaft gegenüber den einzelnen Gesellschaftern eine größere Selbständigkeit bei und folgern hieraus, daß sich Gesellschafts- und Gesellschafterschulden nach Art und Inhalt unterscheiden[68]. *Wieland* führt hierzu aus, daß die Verpflichtungen der Gesellschaft aus dem Gewerbebetrieb hervorgehen und deshalb auch nur mit der geschäftlichen Organisation und den Mitteln des Betriebes erfüllt werden sollen[69].

---

66 *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 128 Anm. 3; *J. v. Gierke* (Ha. R.) S. 211; *Haupt-Reinhardt* S. 50; *Lehmann* (Ges. R.) S. 126; *Ritter* § 128 Anm. 4; *Schlegelberger-Geßler* § 128 Anm. 2; *Weipert* in RGRK z. HGB § 128 Anm. 5; *Würdinger* S. 125.

67 *Wieland I* S. 631, 637; *Müller-Erzbach* S. 205.

68 S. dazu *Nielsen* a. a. O. S. 5.

69 A. a. O. S. 631.

Die Rechtsprechung ist in dieser Frage nicht einheitlich. Das Reichsgericht hat bald den Einheits-, bald den Vielheitsgedanken mehr in den Vordergrund gestellt[70].

Beide im Schrifttum vertretenen Ansichten müssen Ausnahmen zulassen, um im Einzelfall zu tragbaren Ergebnissen zu gelangen. So wollen die Vertreter der herrschenden Meinung im Einzelfall überprüfen, ob das Schuldverhältnis von den einzelnen Gesellschaftern auch erfüllt werden kann[71] oder ob »die Verbindlichkeit nach Umfang und Inhalt auf eine Einheitspflicht der Gesellschaft abgestellt ist, so daß nach der Verkehrssitte ein reales Eingreifen in den rein persönlichen Bereich der einzelnen Gesellschafter als ausgeschlossen erscheinen muß«[72].

Die Gegenansicht will umgekehrt die einzelnen Gesellschafter dann auf Erfüllung haften lassen, wenn sich im Wege der Auslegung eine persönliche Bindung der Gesellschafter oder mindestens der geschäftsführenden Gesellschafter ergebe[73].

Der Mangel beider Ansichten besteht, worauf Hueck[74] zutreffend hinweist, darin, daß sie aus der Rechtsnatur der OHG im Wege einer bloßen begrifflichen Konstruktion den Inhalt der Haftung bestimmen wollen. Eine derartige Betrachtung endet letztlich bei dem wenig ergiebigen Streit über die Rechtsnatur der OHG und führt zu einer vereinfachenden Typisierung[75]. Der Inhalt der Haftung läßt sich nur aus dem Zweck des § 128 HGB durch eine Abwägung der dieser Vorschrift zugrunde liegenden Interessen ermitteln.

Der mit der persönlichen Haftung der einzelnen Gesellschafter verfolgte Zweck besteht darin, daß die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erleichtert und gesichert werden soll, um auf diese Weise auch die Kreditfähigkeit der Gesellschaft zu erhöhen. Die Gläubiger der Gesellschaft sind auf die persönliche Haftung der einzelnen Gesellschafter besonders deshalb angewiesen, weil bei der OHG anders als bei den Kapitalgesellschaften keine bestimmte Einlagepflicht der Gesellschafter besteht und das Gesetz keine Vorschriften zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens enthält. Der Zweck des § 128 HGB würde vereitelt werden, wenn die Gesellschaftsgläubiger die einzelnen Gesellschafter immer nur auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und nicht auf Erfüllung selbst in Anspruch nehmen könnten. Dann könnten die Gläubiger, soweit es sich nicht um Geldansprüche handelt, nicht gleichzeitig gegen die Gesellschaft und die einzelnen Gesellschafter vorgehen. Sie könnten die einzelnen Gesellschafter niemals zwingen, von der OHG geschuldete Handlungen oder Unterlassungen zu erfüllen. Hierdurch würde ihre Stellung erheblich geschwächt werden. Das aber wäre mit dem rechtspolitischen Zweck des § 128 HGB nicht vereinbar.

Andererseits ist auch das Schutzinteresse des einzelnen Gesellschafters zu berücksichtigen, der in seiner gesellschaftsfreien Privatsphäre möglichst wenig, jedenfalls nicht mehr berührt werden will, als es das Interesse der Gesellschaftsgläubiger

---

70 S. dazu die ausführliche Darstellung der Rechtsprechung des Reichsgerichts bei *Rospatt* ZBH 1932, 241 ff., s. auch BGHZ 5, 35 (37).

71 *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 128 Anm. 3.

72 *J. v. Gierke* S. 211.

73 *Wieland I* S. 638; *Müller-Erzbach* S. 205.

74 *Hueck* (OHG) S. 224.

75 *Fischer* Anm. zu LM Nr. 4 zu § 128 HGB.

und das Gesellschaftsinteresse an der Erhöhung der Kreditfähigkeit erfordern. Dieses Interesse des einzelnen Gesellschafters hat aber dann zurückzutreten, wenn er seinerseits der Gesellschaft die dem Gesellschaftsgläubiger geschuldete Leistung zu erbringen hat. Hier muß der Gesellschaftsgläubiger die Möglichkeit haben, den einzelnen Gesellschafter nach § 128 HGB persönlich auf Erfüllung in Anspruch zu nehmen[76].

Besteht dagegen eine derartige Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft nicht, dann ist sein Interesse an der Erhaltung der gesellschaftsfreien Privatsphäre höher zu bewerten, so daß der Gesellschaftsgläubiger in diesem Falle von ihm nicht Erfüllung, sondern nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann[77].

Wenn nun der vertretungsberechtigte Gesellschafter die OHG entgegen der herrschenden Meinung[78] wirksam verpflichten könnte, einen weiteren Gesellschafter aufzunehmen, dann würde sich nach den hier dargestellten Grundsätzen für die Haftung der einzelnen Gesellschafter in diesem Fall folgendes ergeben:

Die einzelnen Gesellschafter sind weder der Gesellschaft noch ihren Mitgesellschaftern gegenüber verpflichtet, das bestehende Gesellschaftsverhältnis dadurch abzuändern, daß sie einen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen[79]. Der Dritte, dem gegenüber die Gesellschaft sich zur Aufnahme verpflichtet hat, könnte daher von den einzelnen Gesellschaftern nach § 128 HGB nicht Erfüllung dieser Verbindlichkeit, sondern nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Wenn die einzelnen Gesellschafter deshalb auch nicht gezwungen werden könnten, den Dritten in die Gesellschaft aufzunehmen, so wäre ihre Entscheidungsfreiheit in diesem Punkte doch erheblich eingeengt, weil sie den drohenden Schadensersatzanspruch nur dadurch abwenden könnten, daß sie mit ihm einen Aufnahmevertrag abschließen.

Es fragt sich nun, ob allein deshalb im Einklang mit der herrschenden Meinung ein Vertrag, in dem die OHG die Aufnahme eines Dritten verbindlich zusagt, entgegen der Wortbedeutung des § 126 HGB von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht ausgenommen werden muß. Diese Frage kann nur aus der rechtspolitischen Zwecksetzung des § 126 HGB entschieden werden.

VI. Zusammenfassende Kritik der weitergehenden Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht

Aus den §§ 125, 126 HGB kann lediglich entnommen werden, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter nur die Gesellschaft, die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit, nicht aber die einzelnen Gesellschafter in ihrer

---

76 BGHZ 23, 302 (306); *Hueck* (OHG) S. 228.

77 Hueck (OHG) S. 228; *Baumbach-Duden* § 126 Anm. 2 B; der BGH brauchte diese Frage nicht zu entscheiden, er dürfte aber, wie aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe entnommen werden kann, zu dem hier vertretenen Ergebnis kommen. S. auch *Fischer* LM Nr. 4 zu § 128 HGB.

78 Angaben s. oben S. 53 Anm. 63.

79 BGH LM Nr. 8 zu § 105 HGB.

Privatsphäre vertreten kann. Soweit er die Gesellschaft vertritt, ist seine Vertretungsmacht unbeschränkt, sie erstreckt sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte.

Wenn nun zahlreiche Stimmen im Schrifttum und in der Spruchpraxis die gesellschaftliche Vertretungsmacht auch dann ausschließen wollen, wenn ein Rechtsgeschäft, das der Gesellschafter im Namen der Gesellschaft mit einem Dritten abschließt, zugleich Wirkungen, seien es Reflexwirkungen oder tatsächliche Auswirkungen, im Rechtskreis der einzelnen Gesellschafter entfaltet, dann ist das mit der Wortbedeutung der §§ 125, 126 HGB und der Lehre von der Stellvertretung dogmatisch nicht vereinbar. Eine derartige Beschränkung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht ließe sich in methodisch einwandfreier Weise nur im Wege einer teleologischen Reduktion[80] des § 126 Abs. 1 HGB erreichen. Der rechtspolitische Zweck, die dieser Vorschrift zugrunde liegende Interessenabwägung des Gesetzes müßten es zulassen, daß diese Fallgruppen von Rechtsgeschäften als Sondertatbestand von der allgemeinen Regelung des § 126 Abs. 1 HGB ausgenommen werden. Ob das der Fall ist, wird noch zu untersuchen sein.

Die Befürworter einer weitergehenden Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht sind diesen Weg nicht gegangen. Wie ihre Begründungen zeigen, glauben sie, ihr Anliegen, die einzelnen Gesellschafter in ihrer Privatsphäre vor Einwirkungen zu schützen, schon mit einer der Wortbedeutung der §§ 125, 126 HGB entsprechenden Gesetzesanwendung erreichen zu können. Sie verzichten darauf, sich an der rechtspolitischen Zwecksetzung und der hier im Gesetz vorgenommenen Interessenabwägung des § 126 HGB zu orientieren und gelangen deshalb zu einer Unsicherheit in der Beurteilung des Einzelfalls, wie vor allem an dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts deutlich wird. Bald wird bei diesen Rechtsgeschäften, die in einem Grenzbereich zwischen Innen- und Außenverhältns liegen, das Interesse des Rechtsverkehrs, bald das der einzelnen Gesellschafter an der Erhaltung ihrer Privatsphäre höher bewertet.

§ 5. »Die Vertretungsmacht des Gesellschafters findet ihre Grenze an den Grundlagen der Gesellschaft«

Nach der zweiten Begründung für die Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht soll sie dort enden, wo die »Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses« in Frage stehen. Sie soll sich deshalb nicht auf solche Rechtsgeschäfte beziehen, die das »innere Verhältnis der Gesellschafter zueinander« betreffen, vor allem wenn es sich darum handelt, den Gesellschaftsvertrag zu ändern[1].

Den Befürwortern dieser Ansicht ist insoweit zuzustimmen, als sie hervorheben, daß die gesellschaftliche Vertretungsmacht nicht zur rechtsgeschäftlichen Änderung des Gesellschaftsverhältnisses berechtigt. Denn das Gesellschaftsverhältnis ist durch

[80] *Larenz* S. 296 ff.

[1] BGH LM Nr. 1 zu § 126 HGB; RGZ 162, 370 (374); *Baumbach-Duden* § 126 Anm. 1 D; *Heun* § 126 Anm. 33.

einen Vertrag der einzelnen Gesellschafter begründet worden (§§ 105 HGB, 705 BGB) und kann auch nur von den einzelnen Gesellschaftern als den daran beteiligten Parteien durch Vertrag geändert werden (§ 305 BGB). Da der Gesellschafter aber nur zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist (§ 125 Abs. 1 HGB), kann er auf Grund seiner Vertretungsmacht auch nicht das Gesellschaftsverhältnis rechtsgeschäftlich ändern[2].

Nach den meisten Vertretern der zweiten Begründung soll die rechtsgeschäftliche Änderung des Gesellschaftsverhältnisses aber nur ein Beispielsfall sein, in dem die gesellschaftliche Vertretungsmacht ausgeschlossen ist. Das ergibt sich bereits aus der oben wiedergegebenen Formulierung. Sie wollen daneben auch alle Rechtsgeschäfte mit Dritten von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht ausnehmen, welche die »Grundlagen der Gesellschaft« berühren und deshalb auf eine Änderung des Gesellschaftsverhältnisses hinauslaufen[3] oder ihr gleichkommen[4].

Um nun bestimmen zu können, welche Grenzen der gesellschaftlichen Vertretungsmacht hiernach gezogen sein sollen, muß zunächst darauf eingegangen werden, was unter den »Grundlagen der Gesellschaft« eigentlich zu verstehen ist. Bei näherer Betrachtung stellt sich heraus, daß dieser Begriff nirgends genau definiert ist, daß er sogar in vielfach abgewandelter Form verwendet wird. Bald ist von den »Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses«[5] oder den »organisatorischen Grundlagen der Gesellschaft«[6], bald von den »im Gesellschaftsvertrag festgelegten Grundlagen«[7], der »im Gesellschaftsvertrag bestimmten Struktur«[8] oder sogar den »Grundlagen des Gesellschaftsvertrages«[9] die Rede, an der die Vertretungsmacht des Gesellschafters ihre Grenze finden soll.

Aus diesen Formulierungen ist zu entnehmen, daß mit den »Grundlagen der Gesellschaft« der Gesellschaftsvertrag oder das hierdurch begründete Gesellschaftsverhältnis gemeint sind. Für diese Annahme spricht auch, daß im Zusammenhang mit den Grundlagen der Gesellschaft häufig auf das »innere Verhältnis« oder die »Beziehungen der Gesellschafter zueinander«[10] hingewiesen wird. Es kann hier jedoch nicht dahingestellt bleiben, ob die »Grundlagen der Gesellschaft« in dem *Gesellschaftsvertrag* oder in dem durch den Gesellschaftsvertrag begründeten *Gesellschaftsverhältnis* zu erblicken sind, weil sich beide Begriffe inhaltlich nicht decken. Inhalt des Gesellschaftsvertrages können nur solche Bestimmungen sein, über die sich die Gesellschafter geeinigt haben, also die »essentialia« und

---

2 S. dazu oben S. 35, 53.
3 *Kamnitzer* § 126 Anm. 1.
4 *Paulick* S. 115.
5 S. die auf S. 58 in Anm. 1 Zitierten.
6 *Hämmerle* S. 399 f..
Schlegelberger-Geßler § 126 Anm. 7 sprechen von der »rechtlichen Organisation der Gesellschaft«.
7 *Bandasch* § 126 Anm. 1; *Kamnitzer* § 126 Anm. 1: »vertraglich festgelegte Grundlagen«; *Würdinger* I S. 123: »vertragliche Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses«.
8 *Kamnitzer* § 126 Anm. 1; *Hill* S. 47: »innere Struktur der Gesellschaft«; *Staub-Pinner* § 126 Anm. 2: »innere Zusammensetzung der Gesellschaft«.
9 *Aulinger* S. 41; *Rasner* S. 94.
10 *Bandasch* § 126 Anm. 1.

»accidentalia negotii«[11]. Inhalt des Gesellschaftsverhältnisses sind darüberhinaus auch die vom Willen der Parteien unabhängigen »naturalia negotii«.

»Essentialia« und »accidentalia negotii« entsprechen den subjektiven, willensbestimmten, »naturalia negotii« den objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts[12]. Das Gesetz fordert in § 105 HGB als Mindestinhalt für den Gesellschaftsvertrag einer OHG, daß sich die Gesellschafter über die dort aufgeführten Merkmale (»essentialia negotii«) geeinigt haben, die ihren Zusammenschluß erst zu einer OHG machen. Sie müssen sich also wenigstens darüber einig sein, unter gemeinschaftlicher Firma ein Handelsgewerbe zu betreiben[13]. Es genügt allerdings nicht, daß sie den von ihnen vorgesehenen Gewerbebetrieb für ein kaufmännisches Handelsgewerbe im Sinne der §§ 1, 2 oder 3 Abs. 2 HGB halten. Der Gewerbebetrieb muß objektiv entweder schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Voraussetzungen eines kaufmännischen Handelsgewerbes entsprechen oder mindestens von vornherein auf den Umfang eines solchen Gewerbes angelegt sein und in Kürze eine Entfaltung zu einem kaufmännischen Gewerbebetrieb erwarten lassen[14]. Haben sich die Parteien aber über die Merkmale des § 105 Abs. 1 HGB geeinigt, dann wird ihr Zusammenschluß damit zu einer OHG, gleichgültig, ob sie das wollen oder nicht[15].

Das Gesetz gestaltet – unabhängig von dem Willen der Gesellschafter – die zwischen ihnen hierdurch begründeten Rechtsbeziehungen durch die »naturalia negotii« näher aus. Es regelt z. B. die Verteilung von Gewinn und Verlust (§§ 120, 121 HGB), die Geschäftsführung (§§ 114, 115 HGB), deren Umfang (§ 116 HGB) und deren Entziehung (§ 117 HGB), die Auflösung (§ 131 HGB) und die Abwicklung der Gesellschaft (§§ 145 ff. HGB). Diese kraft Gesetzes eintretenden Bestimmungen sind meistens dispositiv, soweit sie das Innenverhältnis regeln, dagegen meist zwingend, soweit sie das Außenverhältnis betreffen. Als »naturalia negotii« sind sie nicht von dem Willen der Gesellschafter umfaßt und gehören damit nicht zum Inhalt des Gesellschaftsvertrages, sondern sind nur Bestandteile des Gesellschaftsverhältnisses.

Die Gesellschafter beschränken sich nun in aller Regel nicht auf eine Einigung über die »essentialia negotii« des § 105 Abs. 1 HGB, sondern ordnen ihre Beziehungen oft bis ins einzelne und weichen hierbei, soweit die »naturalia« abdingbar sind, von der gesetzlichen Musterregelung mehr oder weniger ab. Sie beziehen oft auch solche Fragen in ihre gesellschaftsvertragliche Regelung ein, die im Gesetz nicht behandelt werden, wie z. B. die Zahlung einer Geschäfts-

---

[11] S. hierzu *Enneccerus-Nipperdey* § 189 II-IV S. 1151; *Lehmann* (AT) § 26 II S. 153.

[12] S. dazu oben S. 49 Anm. 23.

[13] Einer Einigung über das negative Merkmal, daß bei keinem Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist, bedarf es nicht. Die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter tritt nach § 128 HGB kraft Gesetzes ein (dazu *Hueck* (OHG) S. 11; *Weipert* in RGRK z. HGB § 105 Anm. 20 und 15 a. E.).

[14] BGHZ 10, 91 (96); BGHZ 32, 307 (311); Düringer-*Hachenburg-Geiler* § 4 Anm. 11; *Würdinger* in RGRK z. HGB § 1 Anm. 48.

[15] BGHZ 10, 91 (97); 22, 240 (244); 32, 307 (310); BGH WM 1962, 10; OGH Köln in NJW 1949, 382; *Hueck* (OHG) S. 11; *Weipert* in RGRK z. HGB § 105 Anm. 15.

führervergütung, die Erteilung einer Prokura an einen Dritten oder einen von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter, die Beteiligung an einer anderen Gesellschaft. Diese vom Standpunkt des Gesetzes nicht wesentlichen Bestimmungen, die »accidentalia negotii«, beruhen auf dem Willen der Gesellschafter und sind deshalb nicht nur Inhalt des Gesellschaftsverhältnisses, sondern auch des Gesellschaftsvertrages.

Es ist kaum anzunehmen, daß diejenigen Autoren, die die »Grundlagen der Gesellschaft« mit dem Gesellschafts*vertrag* gleichsetzen, nur die »essentialia« und »accidentalia«, nicht aber die »naturalia« des Gesellschaftsverhältnisses zu den »Grundlagen der Gesellschaft« zählen wollen. Sie könnten dann nämlich ihr Anliegen, die Rechts- und Pflichtenstellung der einzelnen Gesellschafter im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses durch Rechtsgeschäfte des vertretungsberechtigten Gesellschafters nicht antasten zu lassen, nur unvollkommen verwirklichen. Deshalb muß davon ausgegangen werden, daß auch sie unter den »Grundlagen der Gesellschaft« das gesamte Gesellschaftsverhältnis verstehen wollen und nur ungenau formuliert haben. Zwischen Gesellschaftsvertrag und Gesellschaftsverhältnis wird auch sonst häufig nicht deutlich unterschieden. So bezeichnet das Reichsgericht in seinem Urteil vom 20. 12. 1939[16] die Regeln über die Abwicklung der Gesellschaft als Teil der »vertraglichen Grundlage« der OHG, obwohl sich die Gesellschafter in dem dort behandelten Fall hierüber gerade nicht geeinigt hatten, diese Bestimmungen vielmehr nur als »naturalia negotii« zum Inhalt des Gesellschaftsverhältnisses geworden waren. Die Bezeichnung »naturalia negotii« selbst ist ungenau, denn diese Bestimmungen sind eben nicht Bestandteile, sondern vom Parteiwillen unabhängige Wirkungen des Rechtsgeschäfts[17].

Sind aber die Grundlagen der Gesellschaft nur eine andere Bezeichnung für das Gesellschaftsverhältnis, dann unterscheidet sich diese zweite Begründung nur in der Formulierung, nicht aber in der Sache von der oben in den §§ 3 und 4 erörterten ersten Begründung. Wenn hier davon gesprochen wird, daß die gesellschaftliche Vertretungsmacht dort enden soll, wo durch ein Rechtsgeschäft die Grundlagen der Gesellschaft (= das Gesellschaftsverhältnis) berührt oder betroffen werden, dann ist damit nichts anderes gesagt, als daß diejenigen Rechtsgeschäfte von der Vertretungsmacht des Gesellschafters ausgenommen werden sollen, deren tatsächliche Auswirkungen oder Reflexwirkungen die einzelnen Gesellschafter in ihrer Rechts- und Pflichtenstellung als Träger ihres Privatvermögens treffen. Mit ihr soll also, nur mit anderen Worten, die oben in § 4 kritisierte weitergehende Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht gerechtfertigt werden, die mit der Wortbedeutung der §§ 125, 126 HGB und der Lehre von der Stellvertretung nicht vereinbar ist[18]. Betrachtet man die Fälle, in denen mit dieser Begründung die gesellschaftliche Vertretungsmacht ausgeschlossen werden soll, dann wird diese Annahme nur bestätigt. Auf sie beruft sich das Bundesarbeitsgericht in der oben besprochenen Entscheidung, um die Kündigung des Dienstverhältnisses eines Prokuristen von der

[16] RGZ 162, 370 (374 a. E.).
[17] *Enneccerus-Nipperdey* § 189 III S. 1151.
[18] S. oben S. 36 ff..

Vertretungsmacht auszunehmen[19]. Mit ihr kommt Kamnitzer zu dem Ergebnis, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter nicht das gesamte Gesellschaftsvermögen auf einen Dritten übertragen könne[20].

Der Begriff »Grundlagen der Gesellschaft« könnte also ohne weiteres durch »Gesellschaftsverhältnis« ersetzt werden und sollte deshalb in diesem Zusammenhang vermieden werden. Er hat in Schrifttum und Rechtsprechung nur dazu gedient, für das jeweils gewünschte Ergebnis eine Scheinbegründung zu liefern, und damit dazu beigetragen, die eigentliche Problematik dieser Fälle zu verschleiern. Bezeichnend ist, daß verschiedene Autoren mit einem Hinweis auf die Grundlagen der Gesellschaft in der gleichen Frage zu abweichenden Ergebnissen gelangen. So will *Paulick*[21] die gesellschaftliche Vertretungsmacht in keinem Fall auf die Aufnahme eines »atypischen« stillen Gesellschafters erstrecken, weil hierdurch »die Grundlagen der Gesellschaft als solche« berührt würden, »was einer Änderung des Gesellschaftsvertrages« gleichkomme. *Aulinger*[22] dagegen will die gesellschaftliche Vertretungsmacht nur dann ausschließen, wenn dem »atypischen« stillen Gesellschafter Einfluß auf die Geschäftsführung eingeräumt werden soll. Wenn der »atypische« stille Gesellschafter dagegen nur schuldrechtlich am Gesellschaftsvermögen beteiligt werden soll, würden hierdurch, so meint er, »die Grundlagen der Gesellschaft« nicht berührt.

Da die zweite Begründung sachlich mit der ersten übereinstimmt, braucht auf sie im folgenden nicht mehr eingegangen zu werden.

[19] S. dazu oben S. 51 ff..
[20] § 126 Anm. 1.
[21] S. 115.
[22] S. 42 ff. .

2. ABSCHNITT

Versuch einer Rechtfertigung der weitergehenden Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht durch eine teleologische Reduktion des § 126 HGB

§ 6. Die allgemeinen Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion

I. Enge Auslegung und teleologische Reduktion

Es wurde oben, S. 57 f., bereits angedeutet, daß die von zahlreichen Vertretern des Schrifttums und der Rechtsprechung angestrebte weitergehende Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht nicht mit einer Interpretation, auch nicht mit einer engen Interpretation, sondern allenfalls mit einer teleologischen Reduktion des § 126 HGB gerechtfertigt werden könnte.

Die Grenze zwischen enger Auslegung und teleologischer Reduktion wird häufig nicht klar gezogen, sie ist allerdings auch oft flüssig. In der Rechtsprechung wird zuweilen von einer einschränkenden *Auslegung* gesprochen, wo es sich in Wahrheit um eine *Rechtsfortbildung* handelt[1]. Ohne näher auf die terminologischen Verschiedenheiten einzugehen[2], soll mit *Larenz*[3] eine Auslegung dann als eng bezeichnet werden, wenn sie sich strikt auf den Vorstellungskern des gesetzlichen Ausdrucks beschränkt, weit eine Auslegung, die sich an der Grenze des möglichen Wortsinns bewegt. Will man dagegen über den weitest aufgefaßten Randbereich der Wortbedeutung hinausgehen oder hinter dem Kernbereich der Wortbedeutung zurückbleiben, dann handelt es sich nicht mehr um Auslegung, sondern bereits um ergänzende Rechtsfortbildung[4]. Ein Hinausgehen über die Wortbedeutung ist nur im Wege der Analogie, ein Zurückbleiben hinter ihr ist nur im Wege der teleologischen Reduktion möglich. Eine teleologische Reduktion, nicht eine einschränkende Auslegung, liegt dann vor, wenn man ohne einen entsprechenden Zusatz im Gesetz auf Grund des rechtspolitischen Zwecks oder des Sinnzusammenhangs einer Vorschrift bestimmte Fälle von ihr ausnehmen will, die nach der Wortbedeutung von ihr erfaßt werden[5].

§ 126 Abs. 1 HGB erstreckt die gesellschaftliche Vertretungsmacht auf *alle* gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen, die der vertretungsberechtigte Gesellschafter im Namen der Gesellschaft vornimmt. Wenn die Befürworter der weitergehenden Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungs-

---

1 S. BGHZ 17, 266 (275 ff), dazu *Larenz* S. 287; s. ferner BFH in JZ 1963, 261.
2 Dazu im einzelnen *Engisch* S. 100 ff..
3 S. 259 f..
4 So auch *Jesch* in JZ 1963, 241 (243 Sp. 2).
5 *Larenz* S. 260.

macht solche Rechtsgeschäfte von ihr ausnehmen wollen, deren tatsächliche Auswirkungen oder Reflexwirkungen die einzelnen Gesellschafter als insoweit nicht am Rechtsgeschäft Beteiligte treffen, dann bleiben sie hinter der Wortbedeutung »alle Geschäfte und Rechtshandlungen« zurück. Zu dieser Einschränkung könnte man also nicht mehr mit einer einschränkenden Auslegung, sondern nur im Wege einer teleologischen Reduktion als Fortsetzung der Auslegung gelangen.

II. Aufgabe und Grenzen der teleologischen Reduktion

Es ist auch unter der Herrschaft des Prinzips der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 GG) allgemein anerkannt, daß nicht nur die Auslegung, sondern auch die Ergänzung der vorhandenen Gesetze zu den Aufgaben der Rechtspraxis und der ihr zugewandten dogmatischen Rechtswissenschaft gehören[6]. Schon Bierling hat darauf hingewiesen, daß es sich bei der Rechtsfortbildung um ein seit Jahrhunderten geübtes Gewohnheitsrecht handelt[7]. Dieser Grundsatz ist auch in der neueren Rechtsprechung wiederholt bestätigt worden. So hat das Bundessozialgericht anerkannt, daß zu den »legitimen Aufgaben« des Richters »neben der Auslegung des anzuwendenden Rechts die ergänzende und – in bestimmten Grenzen – die berichtigende (abändernde) Rechtsfindung« gehört[8]. Auch der Große Zivilsenat des Bundesgerichtshofs will bei »an sich eindeutigem Wortlaut« eine »abändernde, aber zweckgetreue Einschränkung« (hier des § 400 BGB) in bestimmten Fällen zulassen, »weil sonst der vom Gesetz verfolgte Zweck ... in sein Gegenteil verkehrt würde«[9].

Die Notwendigkeit einer ergänzenden Rechtsfortbildung ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Das Gesetz ist nicht eine Art Katalog, der im Wege begrifflicher Deduktion auf alle auftauchenden Rechtsfragen eine Antwort zu geben imstande wäre. Als Produkt des menschlichen Geistes ist es wie alles menschliche Werk unvollkommen. Daher ist es oft nicht nur mehrdeutig und unklar und daher auslegungsbedürftig, sondern auch häufig widerspruchsvoll und lückenhaft und deshalb ergänzungsbedürftig. Das Dogma von der Gesetzesallmacht oder der Lückenlosigkeit des Gesetzes ist heute wie der Positivismus selbst, auf dem es beruht, allgemein überwunden[10].

Wie *Viehweg* dargelegt hat[11], ist für die Rechtswissenschaft ein lückenloses Begriffs- und Systemgebäude schon aus denkgesetzlichen Gründen nicht erreichbar, weil sie nicht vom Begriff, sondern vom Fall ausgehe. Die Rechtsanwendung beruhe nicht auf axiomatischen, gleichsam mathematischen Wahrheiten, die durch begriffliche Deduktion gewonnen und ausgewertet werden könnten, sondern auf der Verwirklichung praktischer Werteinsichten, die nach den Maßstäben praktischer Kon-

---

6 *Larenz* S. 273 ff.; *Meier-Hayos* S. 216 ff.; *Westermann* S. 31 f.; *Enneccerus-Nipperdey* § 58 S. 336 ff.; BGHZ 3, 308 (315).

7 Prinzipienlehre IV S. 396.

8 BSG 6, 204 (211).

9 BGHZ 4, 153 (157). S. auch BSG 2, 164 (168 f.); LG Mainz MDR 1954, 108; weitere Nachweise bei *Bender* JZ 1957, 593 ff..

10 *Meier-Hayos* S. 216.

11 S. 64 ff..

vention und sachlogischer Evidenz gefunden werden müßten. Indem die Rechtswissenschaft an das Problem gebunden sei, müsse sie zwar stets von ordnenden Begriffen und Sätzen ausgehen, dürfe und müsse aber gerade wegen dieser Problemgebundenheit eine etwa begonnene Ableitungskette unterbrechen, sobald das im Hinblick auf das Problem erforderlich sei.

Trotz möglicher Gesetzeslücken ist der Richter andererseits gehalten, jeden an ihn herangetragenen Rechtsstreit zu entscheiden. Er darf eine Entscheidung nicht mit der Begründung verweigern, das Gesetz enthalte für den vorliegenden Fall keine unmittelbar anwendbare Norm. Das würde dem Grundsatz des allseitigen Rechtsschutzes im Zivilrecht widersprechen[12]. Der Richter ist deshalb bei einem unvollkommenen Gesetz zu einer ergänzenden Rechtsfortbildung nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet.

Die ergänzende Rechtsfortbildung hat die Aufgabe, Lücken des Gesetzes – oder genauer des gesetzten Rechts im ganzen – zu schließen. Sie ist sowohl bei der Frage, ob eine Lücke des Gesetzes vorliegt, als auch bei der Schließung dieser Lücke an die Grundgedanken, den teleologischen Zusammenhang der gesetzlichen Gesamtregelung gebunden. Dadurch, daß sie sich an den rechtspolitischen Grundsätzen, die in der gesetzlichen Norm hervorgetreten sind, orientiert und damit wenigstens noch mittelbar im Gesetz begründet ist, unterscheidet sie sich von der freien richterlichen Rechtsfindung, die ohne Bindung an die immanente Teleologie des Gesetzes eine gesetzliche Regelung umbildet oder sogar neue Rechtsinstitute schafft. Auf die Voraussetzungen und Grenzen der freien Rechtsfindung braucht hier nicht eingegangen zu werden[13].

III. Begriff und Wesen der Gesetzeslücke

Da für eine ergänzende Rechtsfortbildung nur dort Raum ist, wo die gesetzliche Regelung eine Lücke enthält, muß zunächst näher auf den Begriff und das Wesen der Gesetzeslücke eingegangen werden.

Eine Lücke des Gesetzes besteht einmal dort, wo ein einzelner Rechtssatz in der Weise unvollständig ist, daß er ohne eine Ergänzung gar nicht angewendet werden kann. Dieser Fall einer »Normlücke«[14], den *Zitelmann* als »echte Lücke«[15] bezeichnet, hat für die weitere Betrachtung auszuscheiden, da § 126 HGB nicht an einer derartigen Unvollständigkeit leidet und auch ohne Ergänzung anwendbar ist.

Genauere Beachtung verdient hier dagegen die sogenannte »Regelungslücke«, die unechte Lücke im Sinne *Zitelmanns*. Von einer Regelungslücke spricht man dann, wenn eine gesetzliche Regelung fehlt, die nach der Grundkonzeption, nach der dem Gesetz immanenten Teleologie, zu erwarten wäre. Die Regelungslücke stellt sich also – von der gesetzlichen Gesamtregelung aus betrachtet – als ein »planwidrige Unvollständigkeit« dar[16].

---

12 *Westermann* S. 31.
13 S. dazu *Larenz* S. 303 ff.; auch *Bartholomeyczik* (Kunst) S. 119 ff..
14 *Larenz* S. 280.
15 Lücken im Recht S. 27.
16 *Engisch* S. 138, so auch *Larenz* S. 285.

Der Maßstab, nach dem die Unvollständigkeit des Gesetzes beurteilt wird, ist also die dem Gesetz immanente Zwecksetzung[17]. Hieraus ergibt sich, daß eine Regelungslücke nicht schon dann besteht, wenn im Gesetz Normen fehlen, die nach rechtspolitischen Grundsätzen (de lege ferenda) wünschenswert und mit guten Gründen befürwortet werden könnten. Derartige »Fehler im rechtspolitischen Sinne«[18] können – abgesehen von der hier nicht weiter interessierenden freien Rechtsfindung – nicht durch den Richter, sondern nur durch den Gesetzgeber berichtigt werden. Bei der Beurteilung, ob das Gesetz rechtspolitisch fehlerhaft ist, werden als Maßstab nicht die dem Gesetz immanente Zwecksetzung, sondern außergesetzliche Bewertungsgrundsätze angelegt[19].

Diese notwendige Unterscheidung zwischen Regelungslücke und rechtspolitischem Fehler des Gesetzes läßt *Binder* vermissen, wenn er ausführt, »eine Lücke im Recht liegt dann vor, wenn eine durch unsere gegebenen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse objektiv begründete Forderung an das Recht in ihm keine Erfüllung findet«[20]. Die Regelungslücken zerfallen in zwei Gruppen, wobei die Grenzen zwischen beiden oft flüssig sind.

Das Gesetz kann einmal eine nach seiner Grundkonzeption und seiner ihm immanenten Teleologie zu erwartende positive Anordnung vermissen lassen. Das ausgelegte Gesetz enthält für den zu beurteilenden Fall keine subsumierbare Norm. Hier spricht man von einer »offenen Lücke«[21] oder einer »Normlücke«[22]. Diese offenen Lücken sind meistens durch eine Analogie zu schließen[23].

§ 126 Abs. 1 HGB enthält aber für die Fälle, die mit der weitergehenden Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht erfaßt werden sollen, keine offene Regelungslücke; denn sie können, wie oben in § 4 gezeigt wurde, unter diese Norm subsumiert werden.

Eine Regelungslücke besteht aber nicht nur, wenn nach Wortlaut und Auslegung eine anwendbare Norm fehlt, sondern auch dann, wenn eine anwendungsfähige Norm zwar vorhanden ist, ihr aber nach dem teleologischen Zusammenhang der Gesamtregelung dennoch die Entscheidung eines Falles nicht entnommen werden darf.[24] Bei dieser sogenannten »verdeckten Regelungslücke«[25] oder »Entscheidungslücke«[26] unterläßt es das Gesetz bei einer allgemein gehaltenen Norm, für bestimmte Fälle eine Einschränkung hinzuzufügen, die durch die rechtspolitische Zwecksetzung dieser oder auch einer anderen Norm gefordert wird. Es fehlt also an einer »negativen Geltungsanordnung«[27]. Der Weg, auf dem verdeckte Regelungslücken zu

17 *Larenz* S. 286.
18 *Larenz* S. 282.
19 *Larenz* S. 283.
20 *Binder* S. 984.
21 *Meier-Hayos* S. 62 f.; *Larenz* S. 284, 287 ff..
22 *Bartholomeyczik* S. 82. .
23 *Larenz* S. 287.
24 *Bartholomeyczik* S. 83.
25 *Meier-Hayos* S. 62 f.; *Larenz* S. 284.
26 *Bartholomeyczik* S. 83.
27 *Larenz* S. 285.

schließen sind, ist meistens die teleologische Reduktion[28], die auch als Restriktion[29] bezeichnet wird.

Wenn § 126 Abs. 1 HGB einer ergänzenden Rechtsfortbildung überhaupt zugänglich ist, dann käme – wie bereits eingangs erwähnt – nur eine teleologische Reduktion in Betracht. Diese allgemein gefaßte Vorschrift, welche die gesellschaftliche Vertretungsmacht auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte erstreckt, müßte nach ihrer rechtspolitischen Zwecksetzung verlangen, daß die von den Befürwortern der weitergehenden Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht genannten Fälle entgegen der Wortbedeutung von ihr ausgenommen werden müßten.

Da das Gesetz nach seiner Wortbedeutung diese Fälle erfaßt, ist bei der Feststellung einer verdeckten Regelungslücke und damit auch der teleologischen Reduktion besondere Vorsicht und Zurückhaltung geboten. Es besteht hier die Gefahr, eine verdeckte Regelungslücke anzunehmen, um in Wahrheit nur ein rechtspolitisch unerwünschtes Ergebnis zu vermeiden. Deshalb muß in diesen Fällen die rechtspolitische Zwecksetzung und der teleologische Zusammenhang der Gesamtregelung besonders sorgfältig herausgestellt werden, bevor man feststellt, daß das Gesetz entgegen seiner Wortbedeutung verdeckt lückenhaft ist und deshalb durch eine Ausnahmebestimmung ergänzt werden muß[30].

§ 7. Die rechtspolitische Zwecksetzung des § 126 HGB

I. Das Schutzinteresse der Gesellschaft und das Vertrauensinteresse des Rechtsverkehrs bei der Vertretung

Um die rechtspolitische Zwecksetzung des § 126 HGB zu ermitteln, sind die von dieser Norm berührten Interessen und die in ihr enthaltenen Rechtswerte und Richtigkeitsgedanken näher herauszustellen[1].

Bei einem Vertretergeschäft werden zunächst die Interessen des *Vertretenen* berührt. Ihm ist daran gelegen, daß der Vertreter nur solche Rechtsgeschäfte an seiner Stelle abschließt, die seine Belange gebührend berücksichtigen und seine Interessen nicht verletzen. Deshalb wird er im Falle der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht (§ 167 BGB) den Rahmen, innerhalb dessen der Vertreter rechtsgeschäftlich handeln kann, jeweils nach seinen Bedürfnissen enger oder weiter fassen und oft durch Weisungen für das einzelne Rechtsgeschäft genau abstecken.

Der *Dritte* dagegen möchte sich darauf verlassen können, daß das einzelne Rechtsgeschäft, das er mit dem Vertreter abgeschlossen hat, von der Vertretungsmacht umfaßt ist und damit für und gegen den Vertretenen wirkt. Er will in seinem Vertrauen auf den Bestand und den Umfang der Vertretungsmacht möglichst weitgehend geschützt sein und möchte sich nicht den Einwand entgegenhalten

---

28 *Larenz* S. 296 ff..
29 *Enneccerus-Nipperdey* § 59 S. 344.
30 So schon *Zitelmann* S. 35; s. auch *Bartholomeyczik* S. 94.
1 *Bartholomeyczik* S. 46.

lassen, daß der Vertreter zum Abschluß dieses Rechtsgeschäfts nicht berechtigt gewesen sei.

Das BGB schützt in § 164 Abs. 1 diese Interessen des Dritten nicht, sondern bürdet ihm das Risiko für das Vorhandensein und den Umfang der Vertretungsmacht auf. Im Streitfall hat der Dritte zu beweisen, wenn er gegen den Vertretenen vorgeht, daß der Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehandelt hatte[2]. Diesen Beweis wird er oft nur schwer erbringen können. Hier liegt die Hauptgefahr jeder unmittelbaren Stellvertretung[3]. Dem Dritten bleibt nur der schwache Trost, daß er sich unter Umständen nach § 179 BGB an den Vertreter selbst halten kann.

Diese Gefahr für den Dritten hat sich schon im Bereich des bürgerlichen Rechts als recht mißlich erwiesen. Rechtsprechung und Schrifttum haben deshalb durch die Rechtsinstitute der Duldungs- und vor allem der Anscheinsvollmacht versucht, seine Stellung zu stärken[4].

Für das Handelsrecht, das mit seinen Normen in besonderem Maße den Anforderungen des Rechtsverkehrs gerecht werden muß, wäre die einseitige Belastung des Dritten mit dem Risiko der unmittelbaren Stellvertretung unerträglich. Der Handelsverkehr ist darauf angewiesen, daß Rechtsgeschäfte rasch und sicher ohne langwierige Nachforschungen im einzelnen Falle abgeschlossen und abgewickelt werden können[5]. Dazu müssen einfache und einheitliche, für den Rechtsverkehr leicht überschaubare Normen bereitstehen. Würde auch im Bereich des Handelsrechts dem Dritten bei jedem Rechtsgeschäft der Beweis dafür aufgebürdet werden, daß der Vertreter sich in den jeweils vom Vertretenen gesteckten Grenzen der Vertretungsmacht gehalten hat, dann würde der Handelsverkehr in unerträglicher Weise erschwert werden, teilweise sogar zum Erliegen kommen. Der Dritte würde auch häufig mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln gar nicht in der Lage sein, den Umfang der Vertretungsmacht sicher festzustellen. Diese Überprüfung wäre schon schwierig, wenn als Vollmachtgeber nur eine einzelne Person in Betracht kommt. Der Dritte würde aber hiermit vor eine schier unlösbare Aufgabe gestellt werden, wenn – wie bei den Personalhandelsgesellschaften – eine Personengesamtheit vertreten wird, die oft aus zahlreichen Mitgliedern besteht. Man denke nur an den Fall, der der Entscheidung des Reichsgerichts vom 24. 9. 1895 in RGZ 36, 60 zugrunde lag. Dort bestand eine OHG aus 159 Gesellschaftern. Bei einer Personalhandelsgesellschaft hätte der Dritte zunächst festzustellen, ob die gesellschaftliche Vertretungsmacht nicht durch die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, vor allem durch den Gesellschaftszweck, beschränkt ist. Da der Gesellschaftsvertrag nicht im Handelsregister und auch nicht in den Handelsregisterakten enthalten ist, grundsätzlich nicht einmal schriftlich abgefaßt zu sein braucht, wird sich der Dritte über dessen Inhalt, selbst wenn er es wollte, gar nicht zuverlässig vergewissern

---

[2] *Rosenberg* (Beweislast) S. 314 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 3; *Staudinger-Coing* § 164 Anm. 22.

[3] *Lehmann* (AT) § 36 I 1 c S. 285.

[4] S. dazu *Soergel-Siebert* § 167 Anm. 12-14; BGH LM Nr. 4 zu § 167 BGB; BGH BB 1957, 730.

[5] S. dazu auch *Laufke* S. 28 und *v. Gorski* S. 104.

können. Außerdem hätte er darauf zu achten, ob die Vertretungsmacht nicht durch Gesellschafterbeschlüsse oder Widersprüche einzelner Gesellschafter gegen bestimmte Rechtsgeschäfte eingeschränkt ist. Hier kann es nun wiederum zweifelhaft sein, ob diese Beschlüsse oder Widersprüche wirksam sind oder später zurückgenommen und abgeändert sind. Hätte der Dritte auf alle diese Beschränkungen der Vertretungsmacht zu achten, die sich aus dem Innenverhältnis der Gesellschaft ergeben können, dann würde er häufig von einem Vertragsschluß mit der Gesellschaft überhaupt absehen. Das würde vor allem bei umfangreichen und bedeutenden Geschäften der Fall sein, bei denen es dem Dritten entscheidend darauf ankommt, daß die Gesellschaft aus ihnen wirksam verpflichtet wird und er nicht nur auf einen Anspruch aus § 179 BGB gegen den handelnden Gesellschafter angewiesen ist.

Um diese Unsicherheiten und Zweifel für den Dritten gänzlich zu beheben und ihm jede Nachforschung über den Umfang der Vertretungsmacht zu ersparen, hat das Gesetz die gesellschaftliche Vertretungsmacht auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsgeschäfte erstreckt und eine hiervon abweichende Beschränkung der Vertretungsmacht Dritten gegenüber für unwirksam erklärt (§ 126 Abs. 2 HGB). Die gesellschaftliche Vertretungsmacht ist damit in ihrem Umfang von allen Bindungen aus dem Innenverhältnis der Gesellschaft gelöst. Die Bestimmungen des Innenverhältnisses sind nur von Bedeutung für den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis; ihre Verletzung kann gegen den handelnden Gesellschafter Schadensersatzansprüche auslösen. Der Dritte kann sich also ohne nähere Prüfung darauf verlassen, daß sämtliche Rechtsgeschäfte, die ein vertretungsberechtigter Gesellschafter für die OHG vornimmt, von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht umfaßt sind. Er hat lediglich zu überprüfen, ob entgegen der Regel des § 125 Abs. 1 HGB der als Vertreter der OHG handelnde Gesellschafter nicht von der Vertretung ausgeschlossen ist, ob die OHG nur durch mehrere Gesellschafter gemeinschaftlich vertreten werden kann oder ob die Vertretungsmacht nach §§ 126 Abs. 3, 50 Abs. 3 HGB auf eine von mehreren Niederlassungen der Gesellschaft beschränkt ist. Hierüber kann er sich durch einen Blick in das Handelsregister sehr leicht Gewißheit verschaffen, weil der Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretung, die Vereinbarung einer Gesamtvertretung (§ 125 Abs. 2 HGB) oder einer gemischten Gesamtvertretung (§ 125 Abs. 3 HGB) und auch die Filialklausel in das Handelsregister eingetragen werden müssen (§ 125 Abs. 4 HGB). Enthält das Handelsregister keine von § 125 Abs. 1 HGB abweichende Eintragung, dann darf der Dritte davon ausgehen, daß der handelnde Gesellschafter alleinvertretungsberechtigt ist, es sei denn, daß ihm – dem Dritten – etwas anderes bekannt ist (§ 15 Abs. 1 HGB). Durch den umfassenden und unabänderlichen Umfang der gesellschaftlichen Vertretungsmacht berücksichtigt das HGB in hohem Maße das Vertrauensinteresse des Rechtsverkehrs und läßt demgegenüber das Schutzinteresse der vertretenen Gesellschaft und damit auch der in ihr zusammengeschlossenen Gesellschafter völlig zurücktreten.

II. Die Entstehungsgeschichte des § 126 HGB

Ein wichtiges Auslegungskriterium bilden auch die Entstehungsgeschichte und die Normvorstellungen der an der Gesetzgebung beteiligten Personen[6]. Bereits in den Art. 114 Abs. 1, 116 und 118 ADHGB, auf die § 126 HGB zurückgeht, war dieser weitgehende Verkehrsschutz verwirklicht. Diese inhaltlich mit § 126 HGB übereinstimmenden Vorschriften lauten:

Art. 114 Abs. 1 ADHGB:
»Jeder zur Vertretung der Gesellschaft befugte Gesellschafter ist ermächtigt, alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft vorzunehmen, insbesondere auch die der Gesellschaft gehörenden Grundstücke zu veräußern und zu belasten.«

Art. 116 ADHGB:
»Eine Beschränkung des Umfanges der Befugnis eines Gesellschafters, die Gesellschaft zu vertreten, hat dritten Personen gegenüber keine rechtliche Wirkung; insbesondere ist die Beschränkung nicht zulässig, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken, oder daß sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden solle.«

Art. 118 ADHGB:
»Die Ertheilung, sowie die Aufhebung einer Prokura geschieht mit rechtlicher Wirkung gegen Dritte durch einen der zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafter.«

Das ADHGB beruht auf einem Entwurf, der »Nürnberger Kommission«, die in den Jahren 1857 bis 1861 in Nürnberg und für die Beratungen des Seehandelsrechts in Hamburg tagte. Sie war von der Deutschen Bundesversammlung am 18. 12. 1856 eingesetzt worden. Der von ihr nach drei Lesungen der ersten vier Bücher des ADHGB und zwei Lesungen des Seehandelsrechts verabschiedete Entwurf wurde durch Beschluß der Deutschen Bundesversammlung vom 31. 5. 1861[7] den Mitgliedstaaten zur Einführung als Landesgesetz empfohlen. Die meisten Bundesstaaten kamen dieser Aufforderung nach. Das ADHGB wurde später durch Gesetz vom 5. 6. 1869[8] zum Gesetz des Norddeutschen Bundes und schließlich durch Gesetz vom 16./22. 4. 1871[9] zum Reichsgesetz erhoben und galt bis zu seiner Ablösung durch das HGB am 1. 1. 1900. Das HGB wurde nicht etwa deshalb erlassen, weil veränderte soziale und wirtschaftliche Verhältnisse eine Neuregelung des Handelsrechts verlangt hätten, es hatte vielmehr in erster Linie die Aufgabe, die handelsrechtlichen Vorschriften mit den durch das BGB vereinheitlichten bürgerlich-rechtlichen Vorschriften abzustimmen und durch das BGB überflüssig gewordene Bestimmungen des ADHGB zu streichen. Die wichtigsten Teile des ADHGB wurden inhaltlich unverändert in das HGB übernommen; so ist das HGB nur eine gekürzte und in einigen Punkten überarbeitete Neufassung

[6] s. dazu *Larenz* S. 258.
[7] Bundesprot. von 1861 S. 400-406, 414, 577.
[8] Bundesgesetzbl. S. 379-381.
[9] RGBl. 63, 87.

des ADHGB[10]. Deshalb können das ADHGB und seine Materialien auch heute noch für Wissenschaft und Praxis wertvolle Hinweise geben, um den dogmatischen Ansatz zahlreicher bürgerlich-rechtlicher und handelsrechtlicher Vorschriften zu erhellen[11].

Die hier interessierenden Vorschriften über den Umfang der gesellschaftlichen Vertretungsmacht mit ihrem umfassenden Schutz des Rechtsverkehrs konnten erst nach langen Beratungen gegen den Widerstand mehrerer Kommissionsmitglieder in das ADHGB aufgenommen werden. Sie stellten gegenüber dem bis dahin geltenden Recht eine einschneidende Neuerung dar.

Die vor dem ADHGB erstellten Entwürfe zur Vereinheitlichung des Handelsrechts kannten einen derart weitgehenden Verkehrsschutz nicht.

Der von dem Obertribunalrat *v. Hofacker* erstellte »Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg« von 1839 erstreckte die gesellschaftliche Vertretungsmacht nach den Art. 196, 65 nur auf die Geschäfte, »welche die Leitung einer Handelsniederlassung mit sich bringt« und ließ daneben noch weitere Einschränkungen zu, wenn sie in das öffentliche Handelsregister eingetragen wurden. Wenn Art. 65 des Entwurfs auch von *einer* Handelsniederlassung spricht, dann sollte damit, wie aus den Motiven zu Art. 65[12] wohl zu entnehmen ist, nur die jeweils von der Gesellschaft betriebene Handelsniederlassung gemeint sein. Die gesellschaftliche Vertretungsmacht war also noch enger als heute die des Prokuristen nach § 49 HGB.

Auch der »Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland« vom Jahre 1849 wollte nach Art. 39 die Gesellschaft nicht aus Geschäften verpflichten, die ihr fremd sind, d. h. nicht zu dem Handelszweig gehören, auf den die Gesellschaft ihren Handelsbetrieb beschränkt hat (Art. 8. Nr. 4 des Entwurfes). Daneben ließ Art. 39 noch weitere Beschränkungen der Vertretungsmacht zu. Sie konnten Dritten jedoch auch nur entgegengesetzt werden, wenn sie in das Handelsregister eingetragen waren.

Schon damals hat *Brinckmann* diese Regelung heftig kritisiert und sie für den Handel als völlig unbrauchbar bezeichnet[13]. »Fast sollte man glauben dürfen«, so führt er dort[14] aus, »die Verfasser des Entwurfs seien von einem Feinde deutschen Handels inspiriert worden«.

Dennoch sah auch der »Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preußischen Staaten« von 1857, der später den Beratungen der »Nürnberger Kommission« zugrunde lag, in seinem Art. 114 Nr. 1 vor, daß die gesellschaftliche Vertretungsmacht ebenso wie die Prokura mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden könne, wenn nur die Beschränkung im Handelsregister eingetragen werde[15].

---

10 Hierauf wies *Nieberding*, Staatssekretär im Reichsjustizamt, in der ersten Lesung des HGB am 8. 2. 1897 ausdrücklich hin (Reichstagsprot. S. 4545 ff.); s. auch Denkschr. II S. 1 f. zitiert nach *Hahn* S. 189 f.

11 *Raisch* S. 2.

12 Motive S. 81.

13 AcP 34, 151 (168 ff.).

14 S. 170 Anm. 1.

15 S. dazu auch die Motive zum Preußischen Entwurf S. 63.

Bereits in der ersten Lesung änderte die »Nürnberger Kommission« Art. 114 Nr. 1 des Preußischen Entwurfs und erklärte sowohl eine Beschränkung der Prokura als auch der gesellschaftlichen Vertretungsmacht für unzulässig[16], weil sich eine derartige gesetzliche Regelung in der Praxis nicht bewährt habe und es für den Dritten sehr mißlich sei, wenn er jeweils im konkreten Einzelfall nachzuweisen habe, daß sich der Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehalten habe[17].

Um dem Rechtsverkehr eine Nachforschung nach den inneren Verhältnissen der Gesellschaft zu ersparen, wurde auch Art. 114 Nr. 2 des Preußischen Entwurfs gestrichen[18]. Hiernach sollte die Gesellschaft dann nicht aus einem Vertretergeschäft verpflichtet werden, wenn dem Dritten bekannt war, daß der Vertreter das Rechtsgeschäft entgegen einem Widerspruch oder einem Gesellschafterbeschluß abgeschlossen hatte. Man befürchtete, daß durch diese Bestimmung dem Dritten eine Nachforschungspflicht auferlegt werden könnte. Man könne »dem Dritten nicht zumuthen, sich um das Innere der Gesellschaft zu bekümmern und zu erforschen, ob in einzelnen Fällen ein Widerspruch vorliege, ob ein bekannter Widerspruch ein berechtigter sei oder nicht; . . . man müsse befürchten, daß eine Bestimmung, welche den Dritten nöthige, zu seiner Sicherheit in eine Erkundigung nach den inneren Verhältnissen der Gesellschaft eintreten zu lassen, den Verkehr mit den Gesellschaftern unmöglich mache . . .«[19].

In der Kommission war man sich nun darüber einig, daß eine Beschränkung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht mit Wirkung gegen Dritte nicht zugelassen werden sollte. Erst in der dritten Lesung stellte sich heraus, daß die Meinungen darüber, welchen Umfang diese unbeschränkbare gesellschaftliche Vertretungsmacht eigentlich haben sollte, sehr auseinander gingen. Zahlreiche Mitglieder glaubten, daß der Rechtsverkehr hinreichend geschützt sei, wenn die gesellschaftliche Vertretungsmacht nur auf solche Rechtsgeschäfte erstreckt werde, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringe.

»Man gehe weit über das Bedürfnis des Verkehrs hinaus, wenn man dem geschäftsführenden Gesellschafter das Recht einräumen würde, alle Geschäfte ohne Unterschied mit verbindlicher Kraft für die Gesellschaft vorzunehmen; ein solcher Rechtsatz fasse die Handelsgesellschaft auf, als sei sie eine Gesellschaft zu allen möglichen Geschäften, als wolle sie eine Gemeinsamkeit in allen vermögensrechtlichen Beziehungen . . . Dem Bedürfnisse geschehe vollkommen Genüge, wenn der Socius alle Geschäfte gültig vornehmen dürfe, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringe.«[20]

Andere Kommissionsmitglieder wollten die Vertretungsmacht auf alle Arten von Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen ausdehnen. Sie meinten, daß der Kreis der Geschäfte, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringe, sehr dehnbar sei und nicht eindeutig abgegrenzt werden könne. Eine derartige Beschränkung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht sei geeignet, »großen Schaden zu stiften«. »Es werde nämlich dadurch der Verkehr mit den Gesellschaftern auf das äußerste

16 Prot. S. 86 für die Prokura u. S. 210 für die gesellschaftliche Vertretungsmacht.
17 Prot. S. 86.
18 Prot. S. 1005.
19 Prot. S. 1005.
20 Prot. S. 4666 f.; s. auch Prot. S. 4636.

erschwert, wegen der Unsicherheit, welche darüber entstehe, ob der geschäftsführende Gesellschafter das in Frage stehende Geschäft gültig für die Gesellschaft vornehmen könne . . .«[21]

Nach langen Beratungen, vor allem über die Frage, ob die Vertretungsmacht auch die Veräußerung von Gesellschaftsgrundstücken umfassen sollte, konnte sich die zweite Ansicht durchsetzen. Es wurde daraufhin der spätere Art. 114 Abs. 1 ADHGB, der dem § 126 Abs. 1 HGB entspricht, aufgenommen[22].

III. Die gesetzliche Wertung der durch § 126 HGB berührten Interessen (Zusammenfassung)

Wie auch durch die Entstehungsgeschichte bestätigt wird, ist es das Anliegen des § 126 HGB, den Rechtsverkehr dadurch zu schützen, daß der Dritte sich um den Umfang der gesellschaftlichen Vertretungsmacht nicht zu kümmern braucht. Das Gesetz läßt sich hierbei von der Überlegung leiten, daß die Gesellschafter es in der Hand haben, die Person, die ihre Belange nach außen im Rechtsverkehr wahrnehmen soll, sorgfältig auszuwählen und zu überwachen. Haben sie Zweifel daran, ob ein Gesellschafter bei seinem rechtsgeschäftlichen Handeln die Belange der Gesellschaft genügend berücksichtigen und die sich aus dem Innenverhältnis ergebenden Schranken seiner Befugnis einhalten wird, dann können sie ihn entweder ganz von der Vertretung ausschließen (§ 125 Abs. 1 HGB) oder ihn nur in Gemeinschaft mit den anderen Gesellschaftern handeln lassen (§ 125 Abs. 2 HGB). Stellt sich später heraus, daß ein Gesellschafter seine Vertretungsmacht vertragswidrig gebraucht, dann können sie seine Alleinvertretungsmacht in eine echte oder unechte Gesamtvertretungsmacht umwandeln, oder, falls das nicht ausreicht, ihm nach § 127 HGB die Vertretungsmacht völlig entziehen. Sie können es besser als der Dritte beurteilen, ob ein vertretungsberechtigter Gesellschafter das in ihn gesetzte Vertrauen verdient. Schließlich können sie sich auch vorher davon überzeugen, ob der vertretungsberechtigte Gesellschafter finanziell in der Lage sein wird, eventuelle Schäden wieder gut zu machen, die aus der Überschreitung seiner Befugnisse der Gesellschaft entstehen können.

Dennoch werden die Gesellschafter, auch wenn sie den oder die vertretungsberechtigten Gesellschafter mit aller nur denkbaren Sorgfalt ausgewählt haben, es nicht immer verhindern können, daß der gesellschaftliche Vertreter die ihm verliehene umfassende Rechtsmacht zum Nachteil der Gesellschaft gebraucht. Wenn das Gesetz dennoch der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern dieses Risiko auferlegt, dann nicht zuletzt deshalb, weil der weitgehende Schutz des Rechtsverkehrs auch für sie mit Vorteilen verbunden ist. Durch den umfassenden, unabänderlichen Umfang der gesellschaftlichen Vertretungsmacht, verbunden mit der unbeschränkten, persönlichen Haftung der einzelnen Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten (§ 128 HGB), wird der rechtsgeschäftliche Verkehr mit der OHG sehr

[21] Prot. S. 4665 f.
[22] Prot. S. 4670.

erleichtert. Der Dritte kann sich darauf verlassen, daß die mit dem gesellschaftlichen Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte von der Vertretungsmacht gedeckt sind, und er kann mit großer Wahrscheinlichkeit damit rechnen, daß er auch wegen seiner Forderungen befriedigt wird. Hierdurch erweist sich die OHG als eine für den Handel besonders geeignete und beliebte Gesellschaftsform. Mit ihr können ohne langwierige, mit Zeit und Kosten verbundene Nachforschungen und Rückfragen auch umfangreiche und bedeutende Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, deren Gewinne den einzelnen Gesellschaftern zufließen (§ 121 HGB). Hierdurch werden die mit der umfangreichen gesellschaftlichen Vertretungsmacht für die Gesellschaft verbundenen Gefahren wenigstens teilweise wieder aufgewogen.

Zusammenfassend läßt sich also für die rechtspolitische Zwecksetzung des § 126 HGB folgendes feststellen:

Das Gesetz will mit dieser Vorschrift in erster Linie das Vertrauensinteresse des Rechtsverkehrs schützen und läßt demgegenüber das Schutzinteresse der vertretenen Gesellschaft völlig zurücktreten. Der Rechtsverkehr soll – anders als im bürgerlichen Recht – davon befreit werden, sich um etwaige Beschränkungen der Vertretungsmacht zu kümmern, die sich aus dem Innenverhältnis der Gesellschaft ergeben könnten. Er soll sich ohne jede Nachprüfung darauf verlassen können, daß ein Rechtsgeschäft, das ein vertretungsberechtigter Gesellschafter im Namen der OHG vornimmt, von seiner Vertretungsmacht umfaßt ist.

IV. Der Verkehrsschutz als allgemeines Prinzip des deutschen Rechts

Der Verkehrsschutzgedanke, der in § 126 HGB zum Ausdruck kommt, steht auch in zahlreichen anderen handelsrechtlichen Vorschriften im Vordergrund, ja, er durchzieht und prägt das ganze deutsche Zivilrecht.

So ist die Vertretungsmacht nicht nur bei der OHG, sondern bei allen Gesellschaften, die dem Handelsrecht unterstehen, vom Innenverhältnis losgelöst und mit einem umfassenden und unabänderlichen Umfang ausgestattet: Für die Aktiengesellschaft in § 74 Abs. 2 AktG, für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in § 37 Abs. 2 GmbHG und für die Genossenschaft in § 27 Abs. 2 GenG. Auch der Regierungsentwurf zur Aktienrechtsreform will in seinem § 79 die bisherige Regelung des § 74 AktG beibehalten. In der Begründung werden entgegenstehende Vorschläge, die Vertretungsmacht zu beschränken, um Eigenmächtigkeiten des Vorstandes, vor allem die satzungswidrige Verwendung des Gesellschaftsvermögens zu erschweren, ausdrücklich zurückgewiesen:

»Eine solche Beschränkung der Vertretungsmacht widerspricht ... den Vorschriften des deutschen Rechts über die Vertretungsmacht der Organe juristischer Personen. Es ist ein allgemeiner Grundsatz des deutschen Rechts, daß die Vertretungsmacht solcher Organe unbeschränkbar ist, soweit nicht das Gesetz selbst Ausnahmen vorsieht. Der Schutz des Rechtsverkehrs geht dem Schutz des Vertretenen vor.«[23]

Schutzvorschriften für den Rechtsverkehr finden sich jedoch nicht nur im Recht der Vertretung. Man denke nur an die zahlreichen Bestimmungen des bürgerlichen

[23] Begründung S. 124.

Rechts, die das Vertrauen des Rechtsverkehrs auf einen Rechtsscheintatbestand schützen. So kann ein Dritter gutgläubig Eigentum an einer beweglichen Sache erwerben, wenn der verfügende Nichtberechtigte im Besitz der Sache ist (§§ 932 ff. BGB, Ausnahme § 935 BGB). Derjenige, der ein Recht an einem Grundstück erwerben will, darf auf die Berechtigung des Verfügenden vertrauen, wenn dieser im Grundbuch eingetragen ist (§ 892 Abs. 1 BGB). Der gutgläubige Erwerber eines Erbschaftsgegenstandes darf davon ausgehen, daß der Verfügende Erbe ist, wenn der Verfügende durch einen Erbschein als Erbe ausgewiesen ist. (§ 2366 BGB). Der Anwendungsbereich der erwähnten Vorschriften, die das Vertrauen des Rechtsverkehrs auf einen Rechtsscheintatbestand schützen, wird noch dadurch erheblich erweitert, daß in vielen Bestimmungen des BGB und anderer Gesetze ihre entsprechende Anwendung angeordnet wird, so z. B. in §§ 135 Abs. 2, 136, 161 Abs. 3, 1207, 2113 Abs. 3, 2129 Abs. 2, 2211, 2368 Abs. 3 BGB, 366 Abs. 1 und 2 HGB. Dem Verkehrsschutz dienen auch die §§ 5 und 15 HGB und § 1412 BGB.

An den genannten Vorschriften wird bereits deutlich, daß die zivilrechtlichen Gesetze dem Schutz des Rechtsverkehrs große Bedeutung beimessen. Darüberhinaus haben Rechtsprechung und Schrifttum den Verkehrsschutz ständig weiter ausgestaltet.

So wurde für das Handelsrecht aus dem Gedanken des Rechtsscheinprinzips der allgemeine Grundsatz hergeleitet, daß derjenige, der im Handelsverkehr in handelsüblicher Weise eine öffentliche Erklärung abgibt, sich von gutgläubigen Dritten daran festhalten lassen muß[24]. Darüberhinaus soll auch derjenige, der eine solche öffentliche Erklärung, z. B. eine Eintragung im Handelsregister, zwar nicht veranlaßt, es aber *schuldhaft* unterlassen hat, für die Beseitigung des dadurch hervorgerufenen Rechtsscheins zu sorgen, nach Maßgabe der unrichtigen Erklärung gutgläubigen Dritten gegenüber zu haften haben[25].

Dieser über die gesetzliche Regelung hinausgehende Schutz wurde an den Fällen entwickelt, in denen die Gründer einer Kapitalgesellschaft ihre mit Willensmängeln behafteten Gründungserklärungen anfechten wollten. Hier hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß eine Anfechtung nicht mehr möglich ist, wenn die Gesellschaft bereits im Handelsregister eingetragen ist. In der Eintragung im Handelsregister liege eine Erklärung an die Allgemeinheit, die dazu bestimmt sei, zur Bildung der Kapitalgrundlage der ins Verkehrsleben tretenden Gesellschaft mitzuwirken. Das Interesse der Personen, die im Vertrauen auf die so geschaffene Kapitalgrundlage mit dem Unternehmen in Rechtsbeziehungen treten wollen oder bereits getreten sind, verlange, daß die Kapitalgrundlage erhalten bleibe und nicht rückwirkend wieder beseitigt werde[26].

Mit der gleichen Begründung hat das Reichsgericht auch die Berufung auf die Nichtigkeit des Gründungsstatuts nicht zugelassen[27].

---

[24] RGZ 89, 163; 142, 98 (105); 145, 155 (158); 164, 115 (121); BGHZ 17, 13 (16); *Ehrenberg*, Handbuch I S. 644 ff., *J. v. Gierke* S. 64 f.; *Schlegelberger-Hildebrandt* § 5 Anm. 7 ff..

[25] *Ehrenberg*, Handbuch I S. 651 f.; *J. v. Gierke* S. 65.

[26] RGZ 123, 102 (107); 147, 257 (270).

[27] RGZ 123, 102 (107 f.).

Diese Rechtsprechung wurde dann auch auf die Personalhandelsgesellschaften übertragen. Danach können die Gesellschafter einer OHG, wenn die Gesellschaft einmal in Vollzug gesetzt ist, sich Dritten gegenüber weder auf die Anfechtung des Gesellschaftsvertrages noch auf seine Nichtigkeit berufen, selbst wenn sie auf § 138 BGB beruht.[28]

Diese an dem Rechtsscheinprinzip entwickelten handelsrechtlichen Sätze sind nun in neuerer Zeit über die Rechtsinstitute der Duldungs- und der Anscheinsvollmacht, wenn auch mit gewissen Abwandlungen, auf das bürgerliche Recht übertragen worden. Von einer Duldungsvollmacht spricht man dann, wenn jemand, ohne besonders bevollmächtigt zu sein, für einen anderen als Vertreter auftritt und der so »Vertretene« dieses Verhalten kennt und duldet, so daß der Dritte nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen aus der Duldung schließen kann, daß der »Vertretene« den Vertreter bevollmächtigt habe[29].

Bei der Anscheinsvollmacht wird der Schutz des Geschäftspartners noch erweitert, weil hier der »Vertretene« das Verhalten des Vertreters nicht einmal zu kennen braucht; es genügt schon, daß er es bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können. Hat der Dritte aus dem Verhalten des Vertreters und den äußeren Umständen entnommen und nach Treu und Glauben entnehmen dürfen, daß dem »Vertretenen« das Handeln des Vertreters bei verkehrsmäßiger Sorgfalt nicht habe verborgen bleiben können und er es somit dulde, dann muß der »Vertretene« das vom Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft gegen sich gelten lassen[30].

Es soll hier nun nicht erörtert werden, ob dieser Rechtsprechung im einzelnen zuzustimmen ist. Aus ihr läßt sich jedenfalls deutlich ablesen, daß sowohl in der Rechtspraxis als auch in der Lehre unverkennbar die Tendenz besteht, den Verkehrsschutz durch Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung ständig weiter auszudehnen und den Schutz des Einzelinteresses zurücktreten zu lassen. Diese Beobachtung ließe sich noch durch zahllose weitere Beispiele belegen. Daß diese Entwicklung keineswegs abgeschlossen ist, wird an einer Entscheidung des BGH besonders deutlich, die sich mit der Auslegung der Art. 21 ScheckG und 16 Abs. 2 WG befaßt. Um die ungehemmte Umlaufsfähigkeit des Wechsels im Interesse des Rechtsverkehrs zu sichern, will der BGH sogar den guten Glauben des Wechselerwerbers an die Geschäftsfähigkeit des Veräußerers schützen[31]. Hier soll also sogar der Schutz des Geschäftsunfähigen dem Verkehrsschutz weichen. Diese Auslegung der Art. 16 Abs. 2 WG und 21 ScheckG ist zwar nicht unbestritten, wird aber bereits von zahlreichen Stimmen im Schrifttum befürwortet[32].

Diese ständige Entwicklung des deutschen Rechts, den Verkehrsschutz immer weiter auszudehnen und zu vervollkommnen, darf bei der Rechtsanwendung nicht

---

[28] RGZ 142, 98 (102); 165, 193 (201 f.).

[29] BGH LM Nr. 4 zu § 167 BGB; *Soergel-Siebert* § 167 Anm. 13.

[30] RGZ 170, 281 (284); BGHZ 5, 111 (116); BGH LM Nr. 4 zu § 167 BGB; LM Nr. 3 zu § 157 (Ga) BGB; LM Nr. 9 zu § 164 BGB; LM Nr. 8 zu § 167 BGB; BGH NJW 1962, 1003.

[31] BGH NJW 1951, 402, 598 mit zust. Anm. von *Hefermehl*.

[32] S. dazu *Baumbach-Hefermehl* Wechsel- u. ScheckG Art. 16 Anm. 10 c mit Literaturangaben.

unbeachtet bleiben[33]. Das gilt vor allem dann, wenn von einer Verkehrsschutzvorschrift wie dem § 126 HGB durch eine teleologische Reduktion bestimmte Fallgruppen ausgenommen werden sollen, die nach der Wortbedeutung von ihr geregelt werden.

§ 8. Die teleologische Reduktion des § 126 HGB

Nachdem nunmehr die rechtspolitische Zwecksetzung des § 126 HGB und der Standort dieser Verkehrsschutzvorschrift in der allgemeinen Entwicklung des deutschen Rechts aufgezeigt ist, läßt sich auch die Frage beantworten, ob die weitergehende Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht mit einer teleologischen Reduktion dieser Bestimmung gerechtfertigt werden kann. Hierbei müssen die beiden Gruppen von Rechtsgeschäften, die ihre Befürworter von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht ausnehmen wollen, getrennt behandelt werden.

I. § 126 HGB und die Rechtsgeschäfte mit tatsächlichen Auswirkungen in der Rechts- und Pflichtenstellung der einzelnen Gesellschafter

Zunächst soll untersucht werden, ob § 126 Abs. 1 HGB nach seiner rechtspolitischen Zwecksetzung hinsichtlich der Rechtsgeschäfte, deren tatsächliche Auswirkungen die einzelnen Gesellschafter in ihrer gesellschaftlichen Rechts- und Pflichtenstellung berühren, eine »negative Geltungsanordnung« vermissen läßt, die im Wege einer teleologischen Reduktion hinzugefügt werden muß.

Mit einer derartigen Reduktion des § 126 Abs. 1 HGB ließe sich zwar verhindern, daß der gesellschaftliche Vertreter für die Gesellschaft wirksam Rechtsgeschäfte abschließt, die sich nachteilig auf die Rechtsstellung der einzelnen Gesellschafter auswirken oder sie gar völlig aushöhlen. Die Gesellschafter haben allerdings ein schutzwürdiges Interesse daran, daß ihre Rechts- und Pflichtenstellung möglichst unverändert erhalten bleibt und auch nicht durch tatsächliche Auswirkungen von Rechtsgeschäften der Gesellschaft angetastet wird. Denn für ihre Entscheidung, ob sie einer OHG beitreten sollen, ist es regelmäßig von ausschlaggebender Bedeutung, welche gesellschaftlichen Rechte ihnen eingeräumt werden sollen. Ihnen ist naturgemäß sehr daran gelegen, daß ihre gesellschaftliche Rechtsstellung nicht nachträglich ohne ihre Mitwirkung beeinträchtigt oder geschmälert werden kann, zumal ihre Beteiligung an der OHG für sie wegen der persönlichen und unbeschränkten

[33] Im Gegensatz zum deutschen Recht hat das anglo-amerikanische Recht namentlich in der Ultra-Vires-Lehre den Schutz des einzelnen Gesellschafters mehr in den Vordergrund gestellt. Es beschränkt nämlich bei der »company limited by shares«, die etwa der deutschen Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung entspricht, die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft auf den in der Satzung (memorandum) gegenständlich bestimmten Gesellschaftszweck. Alle Rechtsgeschäfte der »company limited«, die über den in der Gründungsurkunde niedergelegten Zweck hinausgehen, sind »ultra vires« und damit nichtig. Durch die satzungsmäßige Begrenzung der Rechtsfähigkeit wird so mittelbar auch die Vertretungsmacht der Gesellschaftsorgane beschränkt. *S. Rohwedder* S. 5; weitere Einzelheiten auch bei *Schlink*, Die Ultra-Vires-Lehre im englischen Privatrecht.

Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten (§ 128 HGB) ohnehin ein großes Risiko in sich birgt.

Würde man aber die Vertretungsmacht des Gesellschafters in dieser Weise begrenzen, um die einzelnen Gesellschafter zu schützen, dann müßte man auf der anderen Seite den Vertrauensschutz des Rechtsverkehrs weitgehend aufgeben. Nach der in § 126 HGB hervorgetretenen gesetzlichen Wertung hat jedoch das Schutzinteresse der Gesellschafter dem Vertrauensinteresse des Rechtsverkehrs zu weichen. Durch den umfassenden und unabänderlichen Umfang der gesellschaftlichen Vertretungsmacht will § 126 HGB dem Rechtsverkehr jede Nachforschung über den Umfang der gesellschaftlichen Vertretungsmacht abnehmen und ihn von dem Risiko der unmittelbaren Stellvertretung befreien[1]. Wenn aber alle Rechtsgeschäfte der Gesellschaft, die mit ihren tatsächlichen Auswirkungen auf die Rechts- und Pflichtenstellung der einzelnen Gesellschafter einwirken, nicht von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht gedeckt wären, dann träfe den Rechtsverkehr in mehrfacher Hinsicht eine Nachforschungspflicht. Um sicher zu sein, daß der Gesellschafter die Grenzen seiner Vertretungsmacht einhält, müßte der Geschäftspartner der Gesellschaft überprüfen, ob das betreffende Rechtsgeschäft nach den Grundsätzen des natürlichen Geschehensablaufs auf die Rechtsstellung der Gesellschafter einwirkt. Um das aber beurteilen zu können, müßte er zunächst den Inhalt des konkreten Gesellschaftsverhältnisses kennen. Nach der rechtspolitischen Zwecksetzung des § 126 HGB soll er von einer Prüfung des gesellschaftlichen Innenverhältnisses gerade befreit werden, weil es ihm meistens gar nicht möglich sein wird, hiervon ein zuverlässiges Bild zu erhalten. Denn der Inhalt des Gesellschaftsverhältnisses läßt sich nicht generell bestimmen, weil die Gesellschafter in seiner vertraglichen Gestaltung weitgehend frei sind (s. § 109 HGB). Sie beziehen häufig auch solche Fragen in die vertragliche Regelung ein, die in der gesetzlichen Musterregelung nicht enthalten sind[2]. Zudem ist der Gesellschaftsvertrag nicht im Handelsregister eingetragen und befindet sich auch nicht bei den Registerakten; er braucht zu seiner Wirksamkeit nicht einmal schriftlich abgefaßt zu sein, sondern kann formlos geschlossen und abgeändert werden.

Selbst wenn aber der Dritte den Inhalt des konkreten Gesellschaftsverhältnisses oder bestimmte Teile desselben kennt, dann braucht für ihn deshalb noch nicht ersichtlich zu sein, ob das betreffende Rechtsgeschäft der Gesellschaft nach der Kausalität des natürlichen Geschehensablaufs auf die Rechts- und Pflichtenstellung der einzelnen Gesellschafter einwirkt. Ihm müßten darüberhinaus häufig noch weitere Umstände und interne Geschäftsvorgänge bekannt sein. Das läßt sich an dem oben[3] erörterten Fall der Veräußerung des gesellschaftlichen Handelsgeschäfts näher verdeutlichen. Die Übertragung sämtlicher zum Geschäftsvermögen gehörender Gegenstände kann zwar dazu führen, daß die Gesellschaft kein Handelsgewerbe mehr betreiben kann. Hier bliebe den Gesellschaftern keine andere Wahl als die Gesellschaft aufzulösen, weil sie ohne Handelsgewerbe als OHG nicht mehr

[1] S. dazu oben S. 67 ff., S. 73 f..
[2] S. dazu oben S. 60 f. und BAGE 10, 122; dazu S. 51 ff..
[3] S. 51 f.

fortbestehen kann (s. § 105 HGB). Durch die Übertragung des gesamten gesellschaftlichen Geschäftsvermögens würde den Gesellschaftern praktisch das Recht genommen, über den Fortbestand und die Auflösung der Gesellschaft zu entscheiden (s. § 131 Nr. 2 HGB). Die Übertragung des Geschäftsvermögens braucht sich aber keinesfalls immer so auszuwirken. Die OHG kann beispielsweise bereits ein anderes Handelsgeschäft erworben oder über den Erwerb erfolgversprechend verhandelt haben. Hier könnte die Gesellschaft trotz der Übertragung ihres Handelsgeschäfts als OHG fortbestehen. Ob die Übertragung der einzelnen zum Handelsgeschäft gehörenden Gegenstände von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht umfaßt ist, würde also von solchen internen Geschäftsvorgängen abhängen. Auch um sie hätte sich der Dritte zu kümmern, wenn er feststellen will, ob die einzelnen Übertragungsakte von der Vertretungsmacht des Gesellschafters gedeckt sind. Die Unhaltbarkeit dieses Ergebnisses wird besonders deutlich, wenn man sich vorstellt, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter die einzelnen Gegenstände des Geschäftsvermögens an verschiedene Personen veräußert, die nicht wissen, daß er das gesamte Geschäftsvermögen übertragen will.

Es bedarf keiner weiteren Darlegung, daß derartige Ergebnisse nicht mit der rechtspolitischen Zwecksetzung des § 126 HGB zu vereinbaren sind, geschweige denn von ihr gefordert werden.

Vergegenwärtigt man sich weiter, daß bald jedes Rechtsgeschäft der Gesellschaft zugleich irgendwelche tatsächlichen Auswirkungen in der Rechtsstellung der einzelnen Gesellschafter hervorrufen kann, dann zeigt sich, daß eine derartige Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht den Rechtsverkehr mit der OHG praktisch unmöglich machen würde. Immer müßte der Geschäftspartner befürchten, daß das Rechtsgeschäft nach den besonders gelagerten Umständen der konkreten Gesellschaft die Rechtsstellung der Gesellschafter berührt und deshalb nicht von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht gedeckt ist.

Nun darf allerdings nicht verkannt werden, daß die Befürworter dieser weitergehenden Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht nicht jede noch so geringfügige Einwirkung auf die gesellschaftliche Rechtsstellung der einzelnen Gesellschafter genügen lassen würden, um die Vertretungsmacht auszuschließen. Ihnen dürften nur solche Fälle vorschweben, in denen die Rechte der einzelnen Gesellschafter besonders einschneidend betroffen werden. Eindeutige Abgrenzungskriterien hierfür werden jedoch nicht angegeben und dürften sich auch nicht aufstellen lassen, weil die einzelnen Fallgestaltungen zu verschieden sind. Die besonderen Umstände der einzelnen Gesellschaften können aber im Rahmen des § 126 HGB gerade nicht berücksichtigt werden. Das verkennt das Bundesarbeitsgericht in der oben besprochenen Entscheidung, wenn es den »Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht ... angesichts der Lage der Interessen der Parteien hier nicht zum Tragen« kommen lassen will[4]. Aufgabe und Zweck des § 126 HGB ist es, den Umfang der gesellschaftlichen Vertretungsmacht für alle Gesellschaften einheitlich und verbindlich festzulegen und sie von den besonderen Umständen der

[4] BAGE 10, 122 (129).

jeweiligen Gesellschaft unabhängig zu machen, so daß sich der Dritte ohne weiteres darauf verlassen kann. Die vorgesehene weitergehende Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht würde dieses Anliegen des § 126 HGB vereiteln und der rechtspolitischen Zwecksetzung dieser Vorschrift widersprechen. Deshalb ist insoweit für eine teleologische Reduktion des § 126 HGB kein Raum.

II. § 126 HGB und die Rechtsgeschäfte mit Reflexwirkungen in der Rechts- und Pflichtenstellung der einzelnen Gesellschafter

Ist die Gesellschaft durch ein Rechtsgeschäft verpflichtet worden, dann haften die Gesellschafter kraft Gesetzes mit ihrem Privatvermögen für diese Verbindlichkeit (§ 128 HGB). Diese Haftung ist eine Reflexwirkung des Rechtsgeschäfts, das im Namen der Gesellschaft abgeschlossen worden ist. Wegen dieser Reflexwirkung sollen nun, wie bereits dargelegt wurde, bestimmte Verpflichtungsgeschäfte der Gesellschaft von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht ausgenommen werden[5].

Da die unbeschränkte, persönliche Haftung der Gesellschafter gerade vom Gesetz beabsichtigt ist, um die Kreditfähigkeit der Gesellschaft zu erhöhen, kann die gesellschaftliche Vertretungsmacht, wenn überhaupt, nur bei einigen besonders gelagerten Verpflichtungsgeschäften ausnahmsweise entgegen der Wortbedeutung der §§ 125, 126 HGB begrenzt werden.

1. Der zur Aufnahme eines weiteren Gesellschafters verpflichtende Vertrag

Im Schrifttum wird auch nur der Schuldvertrag erwähnt, in dem sich die Gesellschaft verpflichtet, einem Dritten die Mitgliedschaft in der Gesellschaft zu verschaffen. Dieses Verpflichtungsgeschäft weist gegenüber anderen Rechtsgeschäften verschiedene Besonderheiten auf und berührt die Belange der Gesellschafter in besonders einschneidender Weise.

Es steht hier aus Rechtsgründen, die für alle Gesellschaften in gleicher Weise zutreffen, von vornherein fest, daß die Gesellschaft als solche diese Verbindlichkeit niemals erfüllen könnte. Der Aufnahmevertrag als Leistungsvollzugsgeschäft kann nur von den einzelnen Gesellschaftern abgeschlossen werden; die Gesellschaft als Gesamtheit der Gesellschafter ist hieran nicht beteiligt[6]. Die einzelnen Gesellschafter, die diese Leistung erbringen könnten, würden dem Dritten nach § 128 HGB nicht auf Erfüllung haften, weil sie ihrerseits der Gesellschaft gegenüber nicht verpflichtet sind, das Gesellschaftsverhältnis durch Aufnahme eines weiteren Gesellschafters abzuändern[7]. Der Dritte könnte von ihnen aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn sie seine Aufnahme ablehnen. Hiervon besteht nur dann eine Ausnahme, wenn in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt, der nach § 140 HGB seinen Ausschluß rechtfertigen würde, wenn er bereits Gesellschafter wäre[8]. Hier können die Gesellschafter dem Aufnahmeverlangen des

[5] S. oben S. 53 ff., (57).
[6] S. oben S. 53.
[7] S. oben S. 57.
[8] BGH JZ 1961, 742 (744).

Dritten mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung begegnen, weil ihm seine Stellung als Gesellschafter gleich wieder nach § 140 HGB entzogen werden könnte. Einer rechtsgestaltenden Klage, wie sie § 140 HGB vorsieht, bedarf es vor der Aufnahme nicht, weil diese Vorschrift ein bereits vorhandenes Gesellschaftsverhältnis mit einer Vermögensgemeinschaft voraussetzt[9].

Außer diesem Extremfall sind auch noch zahllose andere minderschwere Gründe denkbar, welche die Gesellschafter veranlassen könnten, die Aufnahme abzulehnen, wenn sie nicht befürchten müßten, von dem Dritten auf das Erfüllungsinteresse in Anspruch genommen zu werden. Um den drohenden Schadensersatzanspruch abzuwenden, würden sie sich häufig, wenn auch widerstrebend, bereit finden, einen ihnen nicht genehmen Partner in das Gesellschaftsverhältnis einzubeziehen. Hierbei muß man sich vergegenwärtigen, daß es für jeden Gesellschafter von entscheidender Bedeutung ist, völlig frei entscheiden zu können, ob und mit wem er ein Gesellschaftsverhältnis eingehen soll. Die Gesellschafter treffen nämlich sowohl bei der Eingehung als auch bei der späteren Änderung des Gesellschaftsverhältnisses durch Aufnahme eines weiteren Gesellschafters eine Entscheidung, die für ihre eigene wirtschaftliche und berufliche Zukunft sehr ausschlaggebend ist. Durch die unbeschränkte, persönliche Haftung (§ 128 HGB), verbunden mit der unbeschränkten und unbeschränkbaren Vertretungsmacht aller Gesellschafter (§§ 125 Abs. 1, 126 HGB), werden sie in der OHG zu einer wahren Schicksalsgemeinschaft zusammengeschlossen. Die OHG ist deshalb für ihre Mitglieder eine sehr gefährliche Gesellschaftsform[10]. Die Persönlichkeit des einzelnen Gesellschafters tritt bei dieser Haftungs- und Arbeitsgemeinschaft stärker hervor als bei irgendeiner anderen Gesellschaftsform[11]. Seine Person, seine Vertrauenswürdigkeit, seine Vermögensverhältnisse, seine geschäftlichen Kenntnisse und Fähigkeiten, sein geschäftlicher Leumund sind nicht nur für das Schicksal der Gesellschaft, sondern auch der einzelnen Gesellschafter von erheblichem Einfluß. Das Geschick der Gesellschaft wird auch sehr wesentlich von dem gedeihlichen und vertrauensvollen Zusammenwirken aller Gesellschafter, allein schon von der Zahl der Gesellschafter bestimmt. Bei der OHG ist das individualistische Prinzip stärker als bei allen anderen Gesellschaften ausgeprägt[12]. Da jeder weitere Gesellschafter in der Regel auch zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt ist (§§ 114 Abs. 1, 125 Abs. 1 HGB), wird durch seine Aufnahme das Risiko für Fehlentscheidungen erhöht. Außerdem müssen die bisherigen Gesellschafter mit dem neuen Partner den Gewinn teilen. Und dabei braucht diesen Nachteilen noch nicht einmal als Äquivalent eine Erweiterung der Haftungsgrundlage gegenüberzustehen. Die unrichtige Auswahl eines Gesellschafters kann deshalb nicht nur den wirtschaftlichen Ruin der Gesellschaft, sondern aller Gesellschafter herbeiführen.

Gerade weil die Aufnahme eines weiteren Gesellschafters für alle Gesellschafter mit einem so großen Risiko verbunden ist, verlangt das Gesetz zu diesem Vertrag

---

9 BGH JZ 1961, 742 (744); *Hueck* (OHG) S. 285 f..
10 *Lehmann* (Ges. R.) S. 125.
11 S. auch BGH BB 1963, 250 (251).
12 *Düringer-Hachenburg-Flechtheim* § 128 Anm. 1 a. E.

die Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter (§§ 105 HGB, 705, 305 BGB). Jeder Gesellschafter soll hierüber frei und eigenverantwortlich befinden und durch sein Veto verhindern können, daß ihm ein nicht genehmer Partner aufgezwungen wird. Dieser Gedanke kam in der Fassung des früheren Art. 98 ADHGB noch deutlicher zum Ausdruck:

»Ein Gesellschafter kann ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen.

Wenn ein Gesellschafter einseitig einen Dritten an seinem Antheile betheiligt oder seinen Antheil an denselben abtritt, so erlangt dieser gegen die Gesellschaft unmittelbar keine Rechte; er ist insbesondere zur Einsicht der Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft nicht berechtigt.«

Art. 98 ADHGB wurde in das HGB nicht übernommen, weil sich diese Regelung von selbst verstehe[13]. Diese Entscheidungsfreiheit wäre den Gesellschaftern aber bis zu einem gewissen Grade genommen, wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter für die OHG die Verpflichtung zur Aufnahme begründen und damit die einzelnen Gesellschafter nach § 128 HGB mit einem Schadensersatzanspruch belasten könnte. Durch sein einseitiges Vorgehen könnte er seine Mitgesellschafter vor die Alternative stellen, den Dritten entweder aufzunehmen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten.

Es bieten sich nun zwei Möglichkeiten an, um den Gesellschaftern ihre Entscheidungsfreiheit in dieser Frage zu erhalten.

Einmal könnte man durch eine teleologische Reduktion des § 128 HGB die Haftung der Gesellschafter für die Aufnahmeverpflichtung ausschließen. Hierdurch ließe sich aber nur erreichen, daß die Gesellschafter nicht persönlich auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch genommen werden könnten, wenn sie die Aufnahme des Dritten ablehnen. Die Verpflichtung der Gesellschaft würde hierdurch dagegen nicht berührt. Der Dritte könnte von der OHG nach wie vor Ersatz des Erfüllungsinteresses verlangen, weil sie ihre Verbindlichkeit nicht zu erfüllen vermag. Da aber die Gesellschafter Träger des Gesellschaftsvermögens sind, hätten sie über ihre Beteiligung die Schadensersatzverbindlichkeit mittelbar doch zu tragen. Trotz der teleologischen Reduktion des § 128 HGB wären sie in ihrer Entscheidungsfreiheit eingeengt, wenn sie über die Aufnahme des Dritten zu befinden hätten.

Die Belange der Gesellschafter ließen sich nur durch eine teleologische Reduktion des § 126 HGB wirksam schützen. Nur wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter die OHG gar nicht verpflichten könnte, einem Dritten die Mitgliedschaft zu verschaffen, könnten die Gesellschafter frei und unbeeinflußt entscheiden, ob die OHG überhaupt um ein weiteres Mitglied vermehrt werden soll und ob die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Dritten eine gedeihliche und erfolgreiche Zusammenarbeit erwarten lassen.

Eine Begrenzung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht im Wege einer teleologischen Reduktion des § 126 HGB wäre aber nur dann möglich, wenn sie nach der rechtspolitischen Zwecksetzung dieser Norm gefordert würde. § 126 HGB ist eine

[13] Denkschrift II S. 82, zitiert nach *Hahn* (Mat.) S. 257.

Verkehrsschutzvorschrift. Nach der in ihr hervorgetretenen gesetzlichen Wertung haben die Schutzinteressen der Gesellschafter grundsätzlich dem Vertrauensinteresse des Rechtsverkehrs zu weichen. Um den Rechtsverkehr mit der OHG zu erleichtern, soll der Dritte von dem Risiko der unmittelbaren Stellvertretung befreit sein und sich ohne zeitraubende Nachforschungen darauf verlassen können, daß die Rechtsgeschäfte des vertretungsberechtigten Gesellschafters von seiner Vertretungsmacht umfaßt sind. Nur wenn sich bei der Verpflichtung zur Aufnahme eines weiteren Gesellschafters ein Schutz des Rechtsverkehrs erübrigen würde, könnte dieses Rechtsgeschäft von der allgemeinen Regelung des § 126 Abs. 1 HGB ausgenommen werden.

Gegen die Schutzwürdigkeit des Dritten sprechen verschiedene Umstände.

Zunächst einmal wäre ihm nur wenig damit gedient, wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter für die OHG eine solche Verpflichtung begründen könnte. Er würde hierdurch seinem Ziel, Mitglied der Gesellschaft zu werden, nicht wesentlich näher kommen können, weil seine Vertragspartnerin außerstande ist, eine solche Verbindlichkeit jemals selbst zu erfüllen. Die Aufnahme kann nur von den einzelnen Gesellschaftern vollzogen werden. Diesen gegenüber könnte er aber seinen Anspruch nicht durchsetzen, weil sie nach § 128 HGB für diese Verbindlichkeit nicht auf Erfüllung haften. Die Wirksamkeit der Aufnahmeverpflichtung würde ihm lediglich zu einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung verhelfen, den er nach § 128 HGB bei Ablehnung seiner teleologischen Reduktion als ausreichendes Rechtsanwendungsmittel auch gegen die Gesellschafter geltend machen könnte. Es besteht zwar eine gewisse Wahrscheinlichkeit, daß sich die Gesellschafter unter dem Druck dieses Schadensersatzanspruchs bereit finden würden, der Aufnahme zuzustimmen. Er könnte damit aber nicht sicher rechnen.

Entscheidend ist ferner, daß das Unvermögen seiner Vertragspartnerin aus Rechtsgründen, die für alle Personalhandelsgesellschaften in gleicher Weise zutreffen, von vornherein feststeht. Um das zu erkennen, bedarf es keiner langwierigen Nachforschungen nach den besonders gelagerten Umständen der jeweiligen Gesellschaft. Der Aufnahmevertrag kann bei jeder Gesellschaft, wie das Gesellschaftsverhältnis auch immer im einzelnen gestaltet sein mag, nur von den nicht am Vertrag beteiligten Gesellschaftern abgeschlossen werden. Insofern nimmt die Aufnahmeverpflichtung unter sonstigen Verträgen, bei denen die OHG eine geschuldete Leistung nicht erbringen kann, eine Sonderstellung ein. Ob die Gesellschaft beispielsweise bei der Veräußerung eines ihr nicht gehörenden Gegenstandes in der Lage sein wird, ihrer Pflicht als Verkäuferin nachzukommen, wird sich im allgemeinen nur nach genauer Prüfung der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse beantworten lassen.

Schließlich wird sich auch jeder unbefangene Dritte, auch wenn er die rechtlichen Konsequenzen eines solchen Vertrages im einzelnen nicht durchschaut, darüber im klaren sein, daß er in ein auf gegenseitigem Vertrauen beruhendes Gesellschaftsverhältnis nur mit Zustimmung aller daran beteiligten Personen einbezogen werden kann. Wenn er mit einem vertretungsberechtigten Gesellschafter über seinen Eintritt in die Gesellschaft verhandelt, dann drängt sich ihm die Frage geradezu auf, was die anderen Gesellschafter dazu sagen werden. Es ist unter diesen Umständen für ihn naheliegend, daß er sich auch schon beim Abschluß des

der Aufnahme zugrunde liegenden obligatorischen Vertrages des Einverständnisses aller Gesellschafter versichert.

Würdigt man unter Berücksichtigung der in den §§ 105 HGB, 705 BGB und 126 HGB hervorgetretenen gesetzlichen Bewertungsprinzipien zusammenschauend die durch einen derartigen Verpflichtungsvertrag berührten Schutzinteressen der Gesellschafter einerseits und das Vertrauensinteresse des Rechtsverkehrs andererseits, dann ergibt sich folgendes:

Die Gesellschafter haben ein besonderes schutzwertes Interesse daran, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter die OHG nicht zur Aufnahme eines Dritten verpflichten kann, weil er dadurch ihrer Entscheidung über die Aufnahme, die für ihre eigene Zukunft von ausschlaggebender Bedeutung ist, bis zu einem gewissen Grade vorgreifen könnte. Nach der rechtspolitischen Zwecksetzung der §§ 105 HGB, 705 BGB, die in dem früheren Art. 98 ADHGB noch deutlicher zum Ausdruck kam, soll ihnen ihre Entscheidungsfreiheit in dieser Frage völlig erhalten bleiben.

Der Rechtsverkehr hat demgegenüber kein schutzwertes Interesse daran, daß die Aufnahmeverpflichtung von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht umfaßt ist. Selbst wenn sich die Vertretungsmacht darauf erstrecken würde, könnte der Dritte sein Ziel, Mitgesellschafter zu werden, weder gegenüber der Gesellschaft noch den Gesellschaftern mit einer Erfüllungsklage durchsetzen. Das Unvermögen seiner Vertragspartnerin, die geschuldete Leistung zu erbringen, stände schon beim Vertragsschluß fest. Um das zu erkennen, brauchte der Dritte auch keine Nachforschungen anzustellen, weil das Unvermögen auf Rechtsgründen beruht, die für alle Personalhandelsgesellschaften in gleicher Weise gelten.

Die rechtspolitische Zwecksetzung des § 126 HGB, nach der der Rechtsverkehr in seinem Vertrauen auf den Umfang der gesellschaftlichen Vertretungsmacht geschützt und vor zeitraubenden Nachforschungen bewahrt werden soll, fordert also nicht, die Vertretungsmacht auch auf dieses Verpflichtungsgeschäft zu erstrecken. Wenn das Gesetz auch in § 126 HGB die Belange des Rechtsverkehrs höher als die der Gesellschafter bewertet, dann ist damit nicht gesagt, daß die Schutzinteressen der Gesellschafter niemals berücksichtigt werden könnten. Jede Interessenabwägung hat die Aufgabe, im Rahmen der vorgegebenen gesetzlichen Wertung nach Möglichkeit auch einem geringeren schutzwerten Interesse Geltung und Achtung zu verschaffen[14]. Hier können die Belange der Gesellschafter gewahrt werden, ohne daß zugleich die des Rechtsverkehrs beeinträchtigt werden. Nach dem teleologischen Zusammenhang der Gesamtregelung der §§ 105 HGB, 705 BGB und 126 HGB kann und muß deshalb der Verpflichtungsvertrag zur Aufnahme eines Gesellschafters entgegen der Wortbedeutung des § 126 Abs. 1 HGB von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht ausgenommen werden.

2. *Der zur Verschaffung einzelner personenrechtlicher Mitgliedschaftsrechte verpflichtende Vertrag*

Die teleologische Reduktion des § 126 Abs. 1 HGB kann jedoch nicht auf diesen Fall beschränkt werden. Eine ganz ähnliche Interessenlage besteht bei solchen

[14] *Hubmann* AcP 155, 85 (124).

Verträgen, in denen die OHG verpflichtet wird, einem Dritten einzelne personenrechtliche Mitgliedschaftsrechte zu verschaffen. Hierzu gehören vor allem das Recht zur Geschäftsführung (§ 114 Abs. 1 HGB) einschließlich des Widerspruchsrechts gegen Geschäftsführungsmaßnahmen (§ 115 Abs. 1 Satz 2 HGB), das Stimmrecht bei Gesellschafterbeschlüssen (§§ 119, 116 Abs. 2 HGB), das Kontrollrecht (§ 118 HGB)[15]. Auch bei der Ausübung derartiger Rechte kommt es sehr wesentlich auf die Persönlichkeit und die Kenntnisse und Fähigkeiten ihres Trägers an. Eine gedeihliche Zusammenarbeit der Gesellschafter wäre nicht mehr gewährleistet, wenn ein Dritter, der nicht das Vertrauen sämtlicher Gesellschafter genießt, Mitverwaltungsrechte erhalten könnte. Unsachgemäße Mitwirkung bei der Geschäftsführung oder der Beschlußfassung kann schwerwiegende Folgen für die Gesellschaft und die einzelnen Gesellschafter haben. Deshalb haben die Gesellschafter auch dort, wo es sich nur um die Verschaffung einer »Teilmitgliedschaft« handelt, ein besonders schutzwertes Interesse daran, sich denjenigen, der solche Rechte erhalten soll, frei und in eigener Verantwortung auszuwählen.

Die Gesellschafter sind auch in diesen Fällen vor einseitigen Maßnahmen eines Gesellschafters in der Regel geschützt, weil diese personenrechtlichen Mitgliedschaftsrechte nur mit ihrer Zustimmung einem Dritten eingeräumt werden können[16]. Wenn nämlich einem Nichtgesellschafter einzelne personenrechtliche Mitgliedschaftsrechte eingeräumt werden, wird hierdurch, ebenso wie bei der Aufnahme eines weiteren Gesellschafters, das Gesellschaftsverhältnis umgestaltet. Der Dritte tritt zu den einzelnen Gesellschaftern in unmittelbare Rechtsbeziehungen[17]. Ebenso wie das Gesellschaftsverhältnis auf einem Vertrag der einzelnen Gesellschafter beruht, kann es auch nur vertraglich wieder abgeändert werden (§ 305 BGB). Die Gesellschaft als solche ist an dem Abänderungsvertrag nicht beteiligt. Sie ist nicht die Handelnde, sondern die Betroffene.

Könnte aber der vertretungsberechtigte Gesellschafter die OHG verpflichten, einem Dritten derartige Mitgliedschaftsrechte zu verschaffen, dann brauchten die Gesellschafter zwar auch hier diese Verbindlichkeit trotz ihrer Haftung nach § 128 HBG nicht zu erfüllen, weil sie ihrerseits der Gesellschaft gegenüber nicht verpflichtet sind, das Gesellschaftsverhältnis abzuändern. Sie wären aber einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ausgesetzt und damit in ihrer Entscheidungsfreiheit eingeengt. Dem Dritten wäre andererseits mit der Wirksamkeit dieses Verpflichtungsvertrages wenig gedient. Auch hier stände für alle Personalhandelsgesellschaften in gleicher Weise aus Rechtsgründen von vornherein erkennbar fest, daß er seinen Erfüllungsanspruch weder gegenüber der Gesellschaft noch den

---

15 S. dazu oben S. 31.

16 S. dazu *Huecke* JZ 1962, 362, f. und BGH LM Nr. 6 zu § 109 HGB.
Die Tatsache, daß die einem Nichtgesellschafter eingeräumte Position in einzelnen Punkten rechtlich anders gestaltet sein kann als die entsprechende eines Gesellschafters, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang. Der BGH will beispielsweise die §§ 708 BGB, 117, 122 Abs. 1 HGB dann nicht angewendet wissen, wenn ein Dritter mit der Geschäftsführung betraut ist, obwohl sie ihrem sachlichen Umfang nach durchaus der eines Gesellschafters entsprechen kann (BGH JZ 1962, 362).

17 S. dazu auch BGH WM 1959, 54.

einzelnen Gesellschaftern mit einer Klage durchsetzen könnte. Wegen der im wesentlichen gleichen Interessenlage muß aus den oben unter 1. dargelegten Gründen eine Abwägung zwischen den Schutzinteressen der Gesellschafter und dem Vertrauensinteresse des Rechtsverkehrs hier ebenfalls dazu führen, derartige Verpflichtungsgeschäfte im Wege einer teleologischen Reduktion von der allgemeinen Regelung des § 126 Abs. 1 HGB auszunehmen.

III. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich demnach für die gesellschaftliche Vertretungsmacht folgendes:

1. Die gesellschaftliche Vertretungsmacht berechtigt nach den §§ 125, 126 HGB nur zur Vertretung der Gesellschaft, d. h. der Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Mitträger des gesellschaftlichen Sondervermögens, nicht aber zur Vertretung der einzelnen Gesellschafter als Träger ihres Privatvermögens.

2. Soweit der vertretungsberechtigte Gesellschafter die Gesellschaft vertritt, ist seine Vertretungsmacht unbeschränkt (§ 126 Abs. 1 HGB) und unbeschränkbar (§ 126 Abs. 2 HGB).

3. Durch eine teleologische Reduktion des § 126 Abs. 1 HGB sind aber solche Rechtsgeschäfte von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht auszunehmen, durch welche die Gesellschaft verpflichtet wird, einem Dritten die volle Mitgliedschaft oder einzelne personenrechtliche Mitgliedschaftsrechte zu verschaffen.

3. ABSCHNITT

§ 9. Die Anwendung der gefundenen Ergebnisse auf die Fallgruppen in Rechtsprechung und Schrifttum

Die meisten Fallgruppen, die eingangs der Arbeit in einem Überblick wiedergegeben wurden, sind in den bisherigen Erörterungen bereits behandelt worden. Die dort gefundenen Ergebnisse sollen hier noch einmal zusammenfassend dargestellt und um die noch fehlenden ergänzt werden.

I. Die Aufnahme eines weiteren Gesellschafters

1. Mit der einhelligen Ansicht ist daran festzuhalten, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter weder einen *persönlich haftenden Gesellschafter* noch einen *Kommanditisten* in die Gesellschaft aufnehmen kann, weil der Aufnahmevertrag nicht von der Gesellschaft als Einheit, sondern von den einzelnen Gesellschaftern geschlossen werden muß. Seine Mitgesellschafter kann der vertretungsberechtigte Gesellschafter aber nicht vertreten[1].

Auch der auf die Aufnahme eines solchen Gesellschafters gerichtete schuldrechtliche Vertrag ist nicht von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht umfaßt. Dieses Verpflichtungsgeschäft ist durch teleologische Reduktion von der allgemeinen Regelung des § 126 Abs. 1 HGB auszunehmen[2].

2. Dagegen kann der vertretungsberechtigte Gesellschafter einen *stillen Gesellschafter* aufnehmen. Die früher abweichende Ansicht ist vor allem darauf zurückzuführen, daß das Wesen der stillen Gesellschaft nicht richtig gesehen wurde. Seit der grundlegenden Untersuchung von *Hueck:* »Die stille Beteiligung bei Handelsgesellschaften«[3] kann diese Frage als geklärt angesehen werden. Der stille Gesellschafter tritt ähnlich wie ein Darlehensgeber der OHG nur zu ihr als Trägerin des Unternehmens, nicht aber zu den einzelnen OHG-Gesellschaftern in unmittelbare Rechtsbeziehungen. Mit Abschluß eines stillen Gesellschaftsvertrages bestehen zwei Gesellschaften: einmal die OHG, die sich ausschließlich aus den bisherigen Gesellschaftern zusammensetzt, und zum anderen die stille Gesellschaft, deren Partner der stille Gesellschafter und die OHG als Gesamtheit der Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit sind. Ebensowenig wie der stille Gesellschafter mit einer Beteiligung an einer AG zum Aktionär wird, wird er durch den Abschluß eines stillen Gesellschaftsvertrages mit einer Personalhandelsgesellschaft zu deren Gesellschafter[4]. Er erhält nur Rechte und Pflichten gegenüber

---

1 S. dazu u. a. S. 57.
2 S. dazu S. 80 ff., (84).
3 In Festschr. f. *H. Lehmann* S. 239 ff..
4 *Hueck* a. a. O. S. 246.

der OHG als Gesamtheit; das zwischen den OHG-Gesellschaftern bestehende Rechtsverhältnis wird durch seine Aufnahme nicht geändert. Die Begründung eines stillen Gesellschaftsverhältnisses ist deshalb wie jedes andere Rechtsgeschäft, das die OHG als Einheit mit einem Dritten abschließt, von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht umfaßt.

3. Ob auch die Begründung einer sogenannten *»atypischen« stillen Gesellschaft* innerhalb der Vertretungsmacht des Gesellschafters liegt, hängt davon ab, welche Rechtsstellung der »atypische« stille Gesellschafter erhalten soll[5].

a) Soll er nur schuldrechtlich so gestellt werden, als ob er gesamthänderisch am Gesellschaftsvermögen beteiligt wäre, dann ist der Abschluß dieses stillen Gesellschaftsvertrages von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht gedeckt. Die Bestimmung über die schuldrechtliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen besagt lediglich, wie der Gewinnanspruch (§§ 336, 337 HGB) und – im Falle der Auflösung der »atypischen« stillen Gesellschaft – der Auseinandersetzungsanspruch (§ 340 HGB) zu berechnen sind. Die Ansprüche selbst richten sich aber ausschließlich gegen die OHG als Einheit. Unmittelbare Rechtsbeziehungen zu den einzelnen Gesellschaftern der OHG werden auch hier nicht begründet.

b) Soll der »atypische« stille Gesellschafter dagegen Verwaltungsbefugnisse, wie Geschäftsführungs-, Widerspruchs- oder Stimmrechte erhalten, dann müssen sämtliche Gesellschafter der OHG bei der Begründung des stillen Gesellschaftsverhältnisses mitwirken. Denn derartige personenrechtliche Mitgliedschaftsrechte können einem Dritten nur durch einen Vertrag aller Gesellschafter eingeräumt werden, weil hierdurch zugleich das zwischen ihnen bestehende Gesellschaftsverhältnis abgeändert wird (§ 305 BGB)[6]. Der »atypische« stille Gesellschafter tritt hier auch zu den einzelnen Gesellschaftern der OHG in unmittelbare Rechtsbeziehungen und erwirbt gegen sie einen Anspruch auf Mitwirkung bei der Verwaltung der OHG[7]. Der vertretungsberechtigte Gesellschafter ist aber auf Grund seiner Vertretungsmacht nicht befugt, seine Mitgesellschafter als Träger ihres Privatvermögens zu verpflichten, er kann nur für die Gesellschaft als Gesamtheit rechtsgeschäftlich handeln.

Entgegen der Wortbedeutung des § 126 Abs. 1 HGB ist auch der auf die Begründung eines solchen »atypischen« stillen Gesellschaftsverhältnisses gerichtete schuldrechtliche Vertrag nicht von seiner Vertretungsmacht umfaßt. Verträge, in denen die OHG verpflichtet wird, einem Dritten personenrechtliche Mitgliedschaftsrechte zu verschaffen, sind durch teleologische Reduktion des § 126 Abs. 1 HGB von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht ausgenommen[8].

---

[5] Zur Begriffsbestimmung der »atypischen« stillen Gesellschaft s. oben S. 15.

[6] Im Ergebnis ebenso: *Aulinger* S. 42 f.; *Rasner* S. 95 f.; *Hueck* in Festschr. f. *H. Lehmann* S. 249 f.; *Paulick* S. 115.

[7] S. dazu oben S. 85.

[8] S. dazu oben S. 86; a. A. *Hueck* a. a. O. S. 249 f..

II. Der Ausschluß eines Gesellschafters und die Entziehung der Vertretungsmacht oder Geschäftsführungsbefugnis

1. Der Ausschluß eines Gesellschafters

Ein Gesellschafter kann, wenn in seiner Person ein wichtiger Grund vorliegt, nach § 140 HGB durch eine rechtsgestaltende Klage der übrigen Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Diese Bestimmung ist allerdings nicht zwingend. Der Gesellschaftsvertrag kann vorsehen, daß sein Ausschluß beim Vorliegen eines wichtigen Grundes in seiner Person auch durch einen Gesellschafterbeschluß ausgesprochen werden kann[9]. Aber auch hier ist die OHG als Einheit an der Ausschließung nicht beteiligt. An dem Beschluß wirken allein die Gesellschafter mit, zu deren Vertretung der vertretungsberechtigte Gesellschafter nicht befugt ist.

2. Die Entziehung der Vertretungsmacht oder Geschäftsführungsbefugnis

Das gleiche gilt für die Entziehung der Vertretungsmacht oder der Geschäftsführungsbefugnis. Auch sie kann nach den §§ 117, 127 HGB entweder durch eine rechtsgestaltende Klage sämtlicher Gesellschafter oder – bei entsprechender Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag[10] – auch durch einen Beschluß der Gesellschafter erfolgen. Die OHG als Einheit ist hieran in keinem Fall beteiligt.

III. Die Beteiligung der Gesellschaft an einer anderen Gesellschaft

Die OHG als stark verselbständigte Gesamthandsgemeinschaft (§ 124 HGB) kann ihrerseits die Mitgliedschaft in einer anderen Gesellschaft erwerben, gleichgültig, ob es sich hierbei um eine Personal- oder Kapitalgesellschaft handelt[11]. Träger der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten, die aus einer solchen Beteiligung entstehen, sind nicht die einzelnen Gesellschafter, sondern die OHG selbst. Das Gesellschaftsverhältnis unter ihren Gesellschaftern wird durch den Beitritt der OHG zu einer anderen Gesellschaft nicht abgeändert.

Das schließt allerdings nicht aus, daß eine solche Beteiligung der OHG positive oder negative Wirkungen für die Rechts- und Pflichtenstellung der OHG-Gesellschafter haben kann.

Tritt beispielsweise die OHG A der OHG B bei, dann hat sie als Gesellschafterin nach § 128 HGB für die Gesellschaftsverbindlichkeiten der OHG B einzustehen. Für diese Verpflichtungen haben wiederum nach § 128 HGB ihre Gesellschafter zu haften, weil es sich hierbei um eine Gesellschaftsverbindlichkeit der OHG A handelt. Ihr Haftungsrisiko wird also erheblich vergrößert. Die Mitgliedschaft der OHG in einer Interessengemeinschaft in Form einer BGB-Gesellschaft, deren Gesellschafter sich verpflichten, den in ihren Unternehmen erzielten Gewinn als Einheit zu behandeln und nach einem bestimmten Schlüssel wieder auf die Gesellschafter

---

9 BGH LM Nr. 6 zu § 140 HGB; BGHZ 31, 295.
10 *Hueck* (OHG) S. 115.
11 *Hueck* (OHG) S. 17 Anm. 11.

aufzuteilen, kann dazu führen, daß nach der Aufschlüsselung auf die OHG ein Gewinnanteil entfällt, der niedriger ist als der tatsächlich von ihr erzielte Gewinn. Dadurch wird zugleich der Gewinnanspruch ihrer Gesellschafter geschmälert. Die Beteiligung der OHG an einer anderen Gesellschaft kann sich umgekehrt auch positiv für ihre Gesellschafter auswirken. Der Beitritt der OHG zu einem Kartell, das oft in Form einer BGB-Gesellschaft organisiert ist, kann es ihr ermöglichen, größere Gewinne als bisher zu erzielen, die wiederum ihren Gesellschaftern zugute kommen.

Die Beispiele hierfür ließen sich beliebig vermehren. Aus jeder Beteiligung der OHG ergeben sich, wie auch aus sonstigen Rechtsgeschäften, welche die OHG mit Dritten abschließt, für die einzelnen OHG-Gesellschafter tatsächliche Auswirkungen verschiedenster Art. Dieser Umstand ändert aber nichts daran, daß nur die OHG als Einheit an dem Gesellschaftsverhältnis beteiligt ist. Sie allein ist Partnerin des Gesellschaftsvertrages mit dem oder den Dritten. Deshalb handelt der vertretungsberechtigte Gesellschafter auch im Rahmen seiner Vertretungsmacht, wenn er für die OHG ein Gesellschaftsverhältnis eingeht.

Nur dann, wenn mit der Beteiligung der OHG an einer anderen Gesellschaft zugleich das unter den OHG-Gesellschaftern bestehende Gesellschaftsverhältnis umgestaltet werden soll, müssen die einzelnen Gesellschafter beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages mitwirken. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn sich die OHG einem Konzern anschließen will[12]. Wenn die Konzernspitze bei der einheitlichen Leitung der Konzernunternehmen sogar das Recht erhalten soll, die Geschäftsführung der OHG-Gesellschafter zu überwachen, ihnen Weisungen zu erteilen, gegen ihre Maßnahmen Widerspruch zu erheben, ja sogar ihnen die Geschäftsführungsbefugnis zu entziehen und sie auf andere zu übertragen, dann werden hierdurch die unter den OHG-Gesellschaftern bestehenden Rechtsbeziehungen auf eine neue Grundlage gestellt. Zu einer solchen Änderung des Gesellschaftsverhältnisses bedürfte es dann eines Vertrages, bei dem alle Gesellschafter mitwirken (§ 305 BGB).

IV. Die Veräußerung des gesellschaftlichen Handelsgeschäfts

Die Veräußerung des gesellschaftlichen Handelsgeschäfts wurde bereits in anderem Zusammenhang eingehend erörtert[13]. Sowohl der zur Übertragung verpflichtende Vertrag als auch die Übertragungsakte der einzelnen zum Geschäftsvermögen gehörenden Gegenstände sind von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht gedeckt, weil der Gesellschafter hierbei ausschließlich die OHG vertritt. Die einzelnen Gesellschafter sind an diesen Rechtsgeschäften nicht beteiligt, obwohl sie auch in ihrem Rechtskreis tatsächliche Auswirkungen hervorrufen können.

---

[12] Zum Konzernbegriff s. oben S. 21 Anm. 43.
[13] S. oben S. 50 ff., 78 f..

V. Die Änderung und Übertragung der gesellschaftlichen Firma

1. Die Firmenänderung

Die Einigung über die Firma, die von der OHG geführt werden soll, gehört nach § 105 HGB zu den »essentialia negotii« des Gesellschaftsvertrages. Als Bestandteil des Gesellschaftsverhältnisses kann die Firma nur durch einen Vertrag der Gesellschafter später wieder geändert werden (§ 305 BGB). Die OHG als Gesamtheit der Gesellschafter ist an diesem Änderungsvertrag nicht beteiligt. Deshalb ist auch der vertretungsberechtigte Gesellschafter nicht in der Lage, für die Gesellschaft eine neue Firma anzunehmen[14].

2. Die Firmenübertragung

Etwas anderes gilt dagegen für die Übertragung der gesellschaftlichen Firma, die nach § 23 HGB nur zusammen mit dem Handelsgeschäft möglich ist.

Die herrschende Meinung will allerdings die Firmenübertragung ebenso wie die Firmenänderung von der gesellschaftlichen Vertretungsmacht ausnehmen, weil auch die Übertragung der Firma eine unmittelbare Änderung des Gesellschaftsverhältnisses bewirke, die nur alle Gesellschafter gemeinsam durchführen könnten. Die Gesellschafter würden nämlich durch die Übertragung der bisherigen Firma gezwungen, für die Gesellschaft eine neue Firma anzunehmen, damit sie als OHG fortbestehen könne[15]. Die herrschende Meinung begeht hier den Fehler, zwei rechtlich und inhaltlich verschiedene Rechtsgeschäfte miteinander zu verquicken. Das Übertragungsgeschäft wird mit einem Dritten abgeschlossen und ist lediglich darauf gerichtet, das Firmenrecht auf ihn zu übertragen. Der Vertrag über die Änderung des Gesellschaftsverhältnisses dagegen wird zwischen den einzelnen Gesellschaftern abgeschlossen und hat nur die Annahme einer neuen Firma zum Gegenstand[16]. Die Übertragung des Firmenrechts ändert ebensowenig wie die Übertragung sämtlicher Gegenstände des Geschäftsvermögens das zwischen den Gesellschaftern bestehende Gesellschaftsverhältnis ab. Die Gesellschafter werden hierdurch zwar in der Regel dazu veranlaßt werden, eine neue Firma anzunehmen und dadurch das Gesellschaftsverhältnis insoweit abzuändern, damit die Gesellschaft als OHG fortbestehen kann. Damit wird aber die Änderung des Gesellschaftsverhältnisses nicht zum Inhalt des Übertragungsgeschäfts, sie ist nur eine tatsächliche Auswirkung desselben.

Die Argumentation der herrschenden Meinung deutet darauf hin, daß sie auch von der unrichtigen Vorstellung ausgeht, die einzelnen Gesellschafter würden bei der Übertragung des Firmenrechts vertreten, weil sie von den tatsächlichen Auswirkungen dieses Rechtsgeschäfts betroffen würden. Wer beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts vertreten wird, bestimmt sich aber, wie eingehend dargelegt wurde[17],

---

[14] BGH LM Nr. 1 zu § 126 HGB.

[15] S. oben S. 22 Anm. 65-67.

[16] So zutreffend KG JFG 7, 198, (203) für die Übertragung der Firma einer GmbH.

[17] S. dazu oben S. 46 ff..

nicht danach, wen die Wirkungen des Rechtsgeschäfts treffen, sondern allein danach, in wessen Namen der Vertreter Willenserklärungen abgibt oder empfängt. Wenn daher der vertretungsberechtigte Gesellschafter im Namen der OHG das Firmenrecht überträgt, dann vertritt er nur die OHG. Ob diese Verfügung auch wirksam ist, richtet sich danach, ob das übertragene Recht auch der OHG, d. h. den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zusteht. Sie wäre schwebend unwirksam, wenn es den einzelnen Gesellschaftern als Trägern ihres Privatvermögens zustehen würde[18].

Das Reichsgericht sieht in einer Entscheidung, welche die Firmenübertragung bei einer Liquidations-OHG betrifft, das Firmenrecht als ein Recht der einzelnen Gesellschafter an[19]. Es verlangt nämlich zu seiner Übertragung die Einwilligung aller Gesellschafter, gleichgültig, ob ihr Name in der Firma enthalten ist oder nicht. Die Firma sei, so führt das Gericht dort aus, ein ihrem Träger anhaftendes persönliches Recht, über das nur der Geschäftsinhaber selbst verfügen könne[20]. Sie kennzeichne die Persönlichkeit dessen, der Inhaber des Geschäfts sei und bilde das Mittel, durch das er für den durch seine gewerbliche Betätigung umrissenen Lebenskreis nach außen in Erscheinung trete. Das gelte auch dann, wenn sein bürgerlicher Name, wie bei einer abgeleiteten Firma, in ihr selbst nicht enthalten sei.

Es ist schon sehr zweifelhaft, ob der Firma einer OHG neben vermögensrechtlichen auch solche persönlichkeitsrechtlichen Elemente innewohnen. Das Kammergericht hat das neuerdings für die Firma einer GmbH wohl zu Recht verneint[21]. Aber selbst wenn man darin dem Reichsgericht folgen würde, dann könnte das doch nicht dazu führen, das Firmenrecht den einzelnen Gesellschaftern als Trägern ihres Privatvermögens zuzuordnen. Inhaber des Geschäfts, dessen Persönlichkeit durch die Firma gekennzeichnet werden soll, sind nämlich nicht die Gesellschafter als einzelne, sondern die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung zur OHG. Nur ihnen als Gesamtheit kann daher das Firmenrecht zustehen, auch wenn es einen personenrechtlichen Einschlag haben sollte. Über Rechte aber, die der Gesamtheit der Gesellschafter zustehen, kann der vertretungsberechtigte Gesellschafter wirksam verfügen, gleichgültig, ob sie rein vermögensrechtlicher oder auch personenrechtlicher Art sind.

Wenn allerdings – wie im Regelfall (§ 19 Abs. 1 HGB) – in der Firma der Name eines Gesellschafters enthalten ist, dann benötigt der vertretungsberechtigte Gesellschafter zur Übertragung der Firma die Einwilligung dieses, aber nur dieses Gesellschafters, weil hierdurch sein Namensrecht beeinträchtigt wird[22]. Das Namensrecht als Persönlichkeitsrecht verleiht dem Namensträger die Befugnis, den Namen ungestört zu führen und andere Personen von seinem Gebrauch auszuschließen. Es soll den Namensträger davor schützen, daß ihm das Verhalten Dritter, die unbefugt unter seinem Namen auftreten, zugerechnet wird. Der Namensträger hat allein

---

18 S. oben S. 32.
19 RGZ 158, 226.
20 RGZ 158, 230.
21 NJW 1961, 833.
22 S. BGHZ 17, 209 (214).

darüber zu befinden, ob, wie lange und in welchen Bereichen sein Name in der Öffentlichkeit in Erscheinung tritt[23]. Wenn er darin einwilligt, daß sein Name in die Firma einer OHG aufgenommen wird, dann bezieht sich die Einwilligung nur auf diese konkrete Gesellschaft, deren Gesellschafter er persönlich kennt und von denen er überzeugt ist, daß auch sie das gesellschaftliche Handelsgeschäft unter der Firma in rechtlich einwandfreier und mit seinen Anschauungen übereinstimmender Weise führen werden. Scheidet er aus der Gesellschaft aus, dann hat er nach § 24 Abs. 2 HGB das Recht, der Firma wieder seinen Namen zu entziehen. Die übrigen Gesellschafter können die bisherige Firma nur dann fortführen, wenn er ausdrücklich darin einwilligt. Diese Einwilligung wird er nur dann erteilen, wenn er sich darauf verlassen kann, daß die Gesellschaftsfirma auch weiterhin in seinem Sinne verwendet wird. Wenn aber sogar die dem Namensträger persönlich bekannten Gesellschafter die Firma nur mit seiner Einwilligung fortführen dürfen, dann muß das erst recht für einen Dritten gelten, der die Firma zusammen mit dem Handelsgeschäft der OHG erwirbt.

VI. Die Sitzverlegung der Gesellschaft

Der Sitz der OHG ist dort, wo sich der Mittelpunkt des Handelsbetriebs befindet, von wo aus die Gesellschaft geleitet und verwaltet wird. Er ist der Ort, an dem alle Fäden und Verzweigungen des Handelsunternehmens zusammenlaufen[24]. Anders als bei den juristischen Personen (s. §§ 24 BGB, 5, 16 Abs. 3 Nr. 1 AktG) hängt bei der OHG weder die Begründung noch die spätere Verlegung des Sitzes von einer vertraglichen Einigung der Gesellschafter ab. Der Sitz bestimmt sich allein nach dem tatsächlichen Verwaltungsort der OHG[25]. Ein Gesellschafterbeschluß über die Sitzverlegung kann lediglich die Bedeutung haben, daß die geschäftsführenden Gesellschafter hierdurch verpflichtet werden, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Verwaltung der OHG von einem anderen Ort aus zu ermöglichen. Da eine Vertretung nur bei Rechtsgeschäften möglich ist, kann die Frage, ob die gesellschaftliche Vertretungsmacht die Verlegung des Gesellschaftssitzes umfaßt, gar nicht auftreten.

Wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter an einem anderen Ort für die Gesellschaft Geschäftsräume mietet, Personal anstellt etc., dann handelt er in jedem Fall im Rahmen seiner Vertretungsmacht, selbst wenn als tatsächliche Auswirkung dieser Rechtsgeschäfte der Sitz der Gesellschaft verändert werden sollte.

VII. Die Auflösung der Gesellschaft und die Regelung der Auseinandersetzung

1. Die Auflösung der Gesellschaft

Die Auflösung der Gesellschaft kann nur durch die Gesellschafter, niemals aber durch die OHG selbst herbeigeführt werden. Die Gesellschaft kann durch einen

[23] BGHZ 32, 103 (111).
[24] *Hueck* (OHG) S. 74 f.; *Euringer* S. 6.
[25] So zutreffend BGH BB 1957, 799.

Beschluß der Gesellschafter (§ 131 Nr. 2 HGB) oder durch Kündigung oder auf Antrag eines Gesellschafters auf gerichtliche Entscheidung nach §§ 133, 131 Nr. 6 HGB aufgelöst werden. Die Gesellschaft als Einheit wird hierdurch nur betroffen. Die Kündigungserklärung eines Gesellschafters ist den anderen Gesellschaftern gegenüber abzugeben. Deshalb reicht es nicht aus, wenn sie nur dem vertretungsberechtigten Gesellschafter zugeht, der nur die OHG passiv vertreten kann.

2. Die Regelung der Auseinandersetzung

Die Regeln über die Auseinandersetzung der Gesellschaft sind als »naturalia negotii« des Gesellschaftsvertrages Inhalt des Gesellschaftsverhältnisses. Das Gesellschaftsverhältnis kann aber nur von den daran beteiligten einzelnen Gesellschaftern vertraglich geändert werden (§ 305 BGB). Zu deren Vertretung ist der vertretungsberechtigte Gesellschafter jedoch nicht befugt.

VIII. Die Kündigung eines Dienstverhältnisses und der Widerruf einer Prokura

1. Die Kündigung eines Dienstverhältnisses

Wenn die OHG durch ihren vertretungsberechtigten Gesellschafter mit einem Dritten einen Dienst- oder Arbeitsvertrag abschließt, dann werden hieraus nur die Gesellschaft und der Dritte berechtigt und verpflichtet. Die einzelnen Gesellschafter sind an diesem Schuldverhältnis nicht beteiligt.

Wenn daher der vertretungsberechtigte Gesellschafter das Dienstverhältnis später wieder kündigt, übt er ein Gestaltungsrecht der OHG aus und handelt im Rahmen seiner Vertretungsmacht. Das ist für den Regelfall auch unbestritten[26].

Das Bundesarbeitsgericht will aber in der oben besprochenen Entscheidung hiervon dann eine Ausnahme machen, wenn ein Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag einen Anspruch darauf hat, daß die Gesellschaft mit dem Dritten einen Dienstvertrag abschließt[27]. Dieser Anspruch des Gesellschafters ändert aber nichts daran, daß auch hier nur die Gesellschaft zu dem Dritten in Vertragsbeziehungen tritt. Die Auslegung einer solchen gesellschaftsvertraglichen Bestimmung kann allerdings ergeben, daß das Dienstverhältnis mit dem Dritten intern nur auf Grund eines Gesellschafterbeschlusses wieder aufgelöst werden darf, weil es sich hierbei um ein ungewöhnliches Geschäft handelt (§ 116 Abs. 2 HGB). Kündigt es der vertretungsberechtigte Gesellschafter ohne Zustimmung seiner Mitgesellschafter, dann kann er sich ihnen gegenüber schadensersatzpflichtig machen, weil er seine Geschäftsführungsbefugnis überschritten hat. Sein eigenmächtiges Vorgehen kann u. U. seine Mitgesellschafter berechtigen, ihm nach § 127 HGB die Vertretungsmacht zu entziehen oder ihn sogar nach § 140 HGB aus der Gesellschaft auszuschließen. Die Wirksamkeit der Kündigung wird hierdurch aber nicht berührt. Die Tatsache, daß sich die Kündigung zugleich auf die Rechtsstellung des Gesellschafters auswirkt,

[26] *Schlegelberger-Geßler* § 126 Anm. 4.
[27] S. dazu oben S. 51 ff..

dem der Abschluß des Dienstvertrages mit dem Dritten im Gesellschaftsvertrag zugesagt ist, ändert hieran nichts. Tatsächliche Auswirkungen eines Rechtsgeschäfts führen nicht dazu, daß die davon Betroffenen deshalb auch bei seiner Vornahme vertreten werden[28].

2. Der Widerruf einer Prokura

Da sich die gesellschaftliche Vertretungsmacht nach § 126 Abs. 1 HGB auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte erstreckt, kann der vertretungsberechtigte Gesellschafter auch einem Dritten für die Gesellschaft Prokura erteilen und sie widerrufen. Wenn das Gesetz das noch einmal ausdrücklich hervorhebt, dann soll hierdurch nur klargestellt werden, daß § 116 Abs. 3 HGB, der zur Bestellung eines Prokuristen die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter verlangt, nur für das Innenverhältnis Bedeutung hat.

Das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof haben mit Recht angenommen, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter auch die Prokura widerrufen kann, die einem von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter oder einer Person seines Vertrauens auf Grund des Gesellschaftsvertrages erteilt worden ist, um ihm auf diese Weise am Geschäftsverkehr der Gesellschaft teilnehmen zu lassen[29]. Der Gesellschafter oder seine Vertrauensperson werden ebenso wie jeder andere Dritte nur von der Gesellschaft zu Prokuristen bestellt und können auch nur von ihr wieder abberufen werden. Die einzelnen Gesellschafter sind bei der Vornahme dieser Rechtsgeschäfte nicht beteiligt. Daß sich die Entziehung der Prokura zugleich auf die Rechtsstellung dieses Gesellschafters, auf die »innere Organisation« oder die »Grundlagen der Gesellschaft« tatsächlich auswirken kann, ändert nichts daran, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter bei diesem Rechtsgeschäft nur die Gesellschaft vertritt.

Die Auslegung des Gesellschaftsvertrages kann in diesen Fällen zwar ergeben, daß die Prokura abweichend von § 52 HGB nur aus wichtigem Grund oder nur mit Einwilligung aller Gesellschafter wieder entzogen werden darf. Hierdurch wird aber lediglich die Geschäftsführungsbefugnis eingeschränkt. Setzt sich der vertretungsberechtigte Gesellschafter über diese Schranken hinweg, dann verletzt er zwar seine Geschäftsführungspflicht, handelt aber beim Widerruf der Prokura dennoch im Rahmen seiner Vertretungsmacht. Der Bundesgerichtshof führt in seiner Entscheidung, welche die Prokura eines Kommanditisten betrifft, mit Recht aus, daß eine andere Beurteilung für außenstehende Dritte zu einer bedenklichen Rechtsunklarheit führen würde, weil sie die internen Zusammenhänge bei der Erteilung und dem Widerruf einer Prokura nicht übersehen könnten[30]. Das Gericht geht zutreffend davon aus, daß auch bei Rechtsgeschäften der Gesellschaft mit einem Gesellschafter § 126 HGB anzuwenden ist, der die gesellschaftliche Vertretungsmacht von allen Bindungen des Innenverhältnisses löst.

Demgegenüber soll nach einer neueren Entscheidung desselben Senats § 126 HGB

---

[28] S. dazu S. 46 ff..
[29] RGZ 163, 35; BGHZ 17, 392; s. dazu oben S. 27.
[30] BGHZ 17, 396.

für den Rechtsverkehr mit einem einzelnen Gesellschafter nicht gelten[31]. Die gesellschaftliche Vertretungsmacht soll sich hier vielmehr in ihrem Umfang nach der Geschäftsführungsbefugnis richten. § 126 HGB bezwecke den Schutz Dritter. Die Gesellschafter, die mit ihrer Gesellschaft in Geschäftsbeziehungen treten, bedürften dieses Schutzes aber nicht, weil sie selbst die Bindungen festgelegt hätten, denen der vertretungsberechtigte Gesellschafter bei seinem rechtsgeschäftlichen Handeln unterworfen sein solle. Wenn daher der vertretungsberechtigte Gesellschafter bei einem Rechtsgeschäft mit einem Gesellschafter die Grenzen seiner Geschäftsführungsbefugnis nicht einhalte, dann überschreite er damit zugleich seine Vertretungsmacht und handele als Vertreter ohne Vertretungsmacht[32].

Überträgt man diese Grundsätze auf den Fall, der der Entscheidung in BGHZ 17, 392 zugrunde lag, dann hätte der vertretungsberechtigte Gesellschafter die Prokura des Kommanditisten nicht wirksam widerrufen können, weil sie im Innenverhältnis nur aus wichtigem Grund entzogen werden durfte, der nicht vorlag. Der Gesellschafter hätte als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt, weil er durch den Widerruf der Prokura seine Geschäftsführungsbefugnis überschritten hätte.

Dieser neueren Entscheidung des BGH kann jedoch nicht gefolgt werden. Die Probleme, die beim rechtsgeschäftlichen Verkehr zwischen der Gesellschaft und einem ihrer Gesellschafter auftreten, lassen sich keineswegs dadurch lösen, daß man den Umfang der Vertretungsmacht generell mit dem der Geschäftsführungsbefugnis gleichsetzt[33]. Das Gesetz hat mit guten Gründen die Vertretungsmacht von der Geschäftsführungsbefugnis losgelöst. Auch der Gesellschafter, der mit seiner Gesellschaft in Rechtsbeziehungen tritt, ist Dritter im Sinne des § 126 HGB. Seine Eigenschaft als Gesellschafter ist in diesem Zusammenhang rein zufällig. Als Geschäftspartner der Gesellschaft verdient er grundsätzlich den gleichen Schutz wie jeder andere Dritte. Es trifft auch nicht zu, daß ein Gesellschafter allein deshalb, weil er beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages mitgewirkt hat, die Bindungen kennt oder auch nur kennen müßte, denen der vertretungsberechtigte Gesellschafter im Innenverhältnis unterliegt.

Wenn beispielsweise ein geschäftsführender Gesellschafter der Vornahme eines Rechtsgeschäfts widerspricht (§ 115 Abs. 1 HGB), dann wird hierdurch die Geschäftsführungsbefugnis des handelnden Gesellschafters beschränkt[34]. Da der Widerspruch aber nur dem handelnden Gesellschafter gegenüber zu erklären ist, brauchen andere Gesellschafter, vor allem, wenn sie von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, hiervon nichts zu erfahren.

Auch wird ein Gesellschafter nicht immer ohne weiteres beurteilen können, ob das mit ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft ein ungewöhnliches Geschäft ist, zu dem nach § 116 Abs. 2 HGB die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist. Wenn ein Gesellschafter-Geschäftspartner von der Leitung des gesellschaftlichen Unter-

---

[31] BGHZ 38, 26.

[32] So ausdrücklich auf S. 35.

[33] So auch Tiefenbacher BB 1962, 1259 f.; *Schlegelberger-Geßler* § 126 Anm. 18 a. E., *Hueck* (OHG) S. 216.

[34] *Baumbach-Duden* § 115 Anm. 1 B a. E..

nehmens selbst völlig ausgeschlossen ist, wie es vor allem bei kapitalistisch ausgestalteten Personalhandelsgesellschaften nicht selten vorkommt, dann wird er das nur schwer übersehen können.

Schließlich kann einem Gesellschafter sogar eine im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehene Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnis unbekannt sein. Der Gesellschaftsvertrag kann nämlich bestimmen, daß das Gesellschaftsverhältnis mit einfacher Stimmenmehrheit wieder geändert werden kann[35]. Wird daraufhin die Geschäftsführungsbefugnis durch Mehrheitsbeschluß neu geregelt, dann brauchen einzelne Gesellschafter, die zu dieser Gesellschaftsversammlung nicht erschienen waren, davon nichts zu erfahren.

Schon diese Beispiele zeigen, daß einem Gesellschafter-Geschäftspartner keineswegs immer der Schutz des § 126 HGB versagt werden darf. Andererseits kann aber ein Gesellschafter rechtsmißbräuchlich handeln, wenn er sich trotz genauer Kenntnisse der gesellschaftsinternen Verhältnisse darauf beruft, daß sich der vertretungsberechtigte Gesellschafter beim Abschluß des Rechtsgeschäfts formell in den Grenzen seiner Vertretungsmacht gehalten hat. Die Problematik des Gesellschaftergeschäfts läßt sich bei der Verschiedenheit der möglichen Fallgestaltungen nicht dadurch lösen, daß man die Schutzwürdigkeit des Gesellschafter-Geschäftspartners entweder generell bejaht oder verneint. Sie verlangt eine individuell konkrete Entscheidung, die sich der jeweiligen Lage des Falles anpaßt. Die Möglichkeit derart flexibler Entscheidungen bietet aber die Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht, die über das bürgerliche Recht hinaus auch im Handels- und Gesellschaftsrecht anzuwenden ist. Sie geht davon aus, daß § 126 HGB nur den redlichen Verkehr schützen und nicht unredlichen Schädigungen der Gesellschaft Vorschub leisten soll.

Übereinstimmung besteht darin, daß sich der Geschäftspartner der Gesellschaft dann nicht auf den Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der gesellschaftlichen Vertretungsmacht berufen kann, wenn er mit dem vertretungsberechtigten Gesellschafter bewußt zum Nachteil der Gesellschaft zusammengewirkt hat. Da sein Verhalten den Tatbestand des § 826 BGB erfüllt, ist er der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, das durch das kollusive Zusammenwirken zustande gekommene Rechtsgeschäft wieder aufzuheben (§ 249 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die OHG kann ihm deshalb mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung begegnen, wenn er aus dem Rechtsgeschäft Rechte herleiten will (s. auch § 852 BGB).

Während die ältere Rechtsprechung die Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht auf den Fall des kollusiven Zusammenwirkens beschränken wollte[36], soll der Geschäftspartner der OHG nach heute überwiegender Ansicht sich auch dann nicht auf den umfassenden und unabänderlichen Umfang der gesellschaftlichen Vertretungsmacht berufen können, wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter seine Vertretungsmacht erkennbar mißbraucht[37]. Hinsichtlich der dogmatischen Begründung und der Abgrenzung im einzelnen gehen die Meinungen jedoch noch vielfach

---

35 BGH NJW 1953, 102 f.; BGH WM 1961, 303; *Palandt-Gramm* § 705 Anm. 3 b a. E..

36 S. RGZ 71, 219 (222); 58, 356.

37 RGZ 145, 314; 153, 347; BGH WM 1960, 612.

auseinander. Hierauf kann aber im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter eingegangen werden[38]. Es soll hier der Auffassung von *Hueck* gefolgt werden, die im neueren Schrifttum und der höchstrichterlichen Rechtsprechung immer mehr Anhang gewinnt[39].

Hueck erblickt in der Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht einen Anwendungsfall der unzulässigen Rechtsausübung. Der Geschäftspartner ist nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet, schon bei den Vertragsverhandlungen auf die berechtigten Interessen der OHG Rücksicht zu nehmen[40]. Er verstößt gegen dieses Gebot und ist nach den Regeln der culpa in contrahendo zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er mit dem Vertreter der Gesellschaft ein Rechtsgeschäft abschließt, bei dem dieser seine Vertretungsmacht erkennbar mißbraucht. Da der Schadensersatz aber darin besteht, das Geschäft wieder rückgängig zu machen, kann ihm die Gesellschaft mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung begegnen, wenn er hieraus Rechte herleiten will. Um zu verhindern, daß auf dem Umweg über die Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht der rechtspolitische Zweck des § 126 HGB vereitelt und wieder eine allgemeine Nachforschungspflicht nach den inneren Verhältnissen der OHG eingeführt wird, begrenzt *Hueck* den Begriff des Mißbrauchs in verschiedener Richtung.

Er nimmt von vornherein die Fälle aus, in denen der vertretungsberechtigte Gesellschafter bei einem Rechtsgeschäft lediglich die Schranken der Geschäftsführungsbefugnis überschreitet. Von einer Prüfung der Geschäftsführungsbefugnis soll der Dritte durch § 126 HGB gerade befreit werden. Ihm kann mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nur dann entgegengetreten werden, wenn er erkannt hat oder hätte erkennen können, daß der gesellschaftliche Vertreter die Interessen der Gesellschaft bewußt schädigt. Es reicht nicht aus, daß der Gesellschafter die Gesellschaftsinteressen nur objektiv, ohne Verschulden, oder nur fahrlässig verletzt. Denn der Dritte wird es im allgemeinen nicht beurteilen können, ob ein Rechtsgeschäft für die Gesellschaft vorteilhaft ist. Es ist im übrigen auch nicht seine Aufgabe, darüber zu wachen, daß die gesellschaftlichen Vertreter für ihre Gesellschaft nur günstige Geschäfte abschließen. Dieses Risiko hat in erster Linie die Gesellschaft selbst zu tragen. Nur wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter bewußt den Gesellschaftsinteressen zuwider handelt, kann von dem Geschäftspartner erwartet werden, daß er von dem Abschluß des Rechtsgeschäfts absieht. Aber auch hier dürfen an die Sorgfaltspflicht des Dritten keine zu hohen Anforderungen gestellt werden, um nicht den mit § 126 HGB bezweckten Verkehrsschutz zu beeinträchtigen. Der Dritte darf in aller Regel davon ausgehen, daß ein vertretungsberechtigter Gesellschafter die Belange seiner Gesellschaft wahrnehmen will, zumal er selbst am Gewinn der Gesellschaft beteiligt ist und für die Gesellschaftsverbindlichkeiten persönlich zu haften hat. Nur wenn besondere

---

[38] S. hierzu die ausführliche Darstellung von *Frieling*, Mißbrauch der Vertretungsmacht, insbesondere im Gesellschaftsrecht, Diss. Münster 1961.

[39] *Hueck* (OHG) S. 213 ff.; *Baumbach-Duden* § 126 Anm. 5; BGH WM 1960, 612; BAG JZ 1962, 758 f. mit zustimmender Anm. von *Isele*.

[40] S. *Soergel-Siebert* § 242 Anm. 1.

Umstände für eine bewußte Schädigung sprechen, kann von dem Dritten eine Prüfung verlangt werden.

Während einem Nichtgesellschafter nur in den hier abgesteckten Grenzen mit dem Mißbrauchseinwand begegnet werden kann, ist die Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht beim Rechtsverkehr mit einem Gesellschafter noch auf weitere Fälle auszudehnen. Ein Gesellschafter hat als Geschäftspartner seiner Gesellschaft nicht nur im Rahmen des § 242 BGB auf ihre berechtigten Belange Rücksicht zu nehmen. Für ihn besteht daneben auf Grund des gesellschaftlichen Gemeinschaftsverhältnisses noch eine besondere Treupflicht. Aus ihr ergibt sich für ihn positiv die Pflicht, die Interessen seiner Gesellschaft wahrzunehmen, und negativ, alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigt[41]. Das bedeutet aber nicht, daß er seine eigenen Interessen ohne weiteres dem Gesellschaftsinteresse zu opfern hätte. Seine Rechtsstellung als Geschäftspartner und Gläubiger seiner Gesellschaft wird durch diese Treupflicht nur modifiziert. So darf er, wie allgemein anerkannt ist, als Gläubiger der Gesellschaft nur dann gegen einen Mitgesellschafter persönlich vorgehen, wenn sein Anspruch nicht aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt werden kann. Auch in diesem Fall muß er sich den auf ihn als Gesellschafter entfallenden Verlustanteil von vornherein abziehen lassen, der sich entsprechend erhöht, wenn ein Mitgesellschafter zahlungsunfähig ist[42]. Wird er selbst auf Grund seiner persönlichen Haftung von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen, dann richtet sich auch sein Erstattungsanspruch nur subsidiär gegen seine Mitgesellschafter. Diese haften ihm nicht gesamtschuldnerisch in voller Höhe, sondern nur in Höhe ihrer Verlustbeteiligung[43].

Die gesellschaftliche Treupflicht wirkt sich auch schon beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts mit seiner Gesellschaft aus. Im Gegensatz zu einem Nichtgesellschafter muß er die internen Bindungen beachten, denen der vertretungsberechtigte Gesellschafter unterliegt. Er hat schon dann von dem Abschluß eines Geschäfts abzusehen, wenn er erkennt oder erkennen muß, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter hierbei seine Geschäftsführungsbefugnis überschreitet. Denn er darf nicht schuldhaft an einer Vertragsverletzung seines Mitgesellschafters mitwirken[44]. Anders ist es nur, wenn er schuldlos die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis nicht kennt. Unter Umständen kann er sich dem Mißbrauchseinwand bereits dann aussetzen, wenn er erkannt hat oder hätte erkennen müssen, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts die Gesellschaft fahrlässig oder sogar ohne Verschulden schädigt[45]. Das kann dann der Fall sein, wenn der Gesellschafter-Geschäftspartner in der Gesellschaft selbst mit der Geschäftsführung betraut ist. Als geschäftsführender Gesellschafter hat er sich in besonderem Maße verpflichtet, das Gesellschaftsinteresse zur Richtschnur seines Handelns zu machen, und ist zudem mit den Verhältnissen seiner Gesellschaft besonders vertraut.

---

41 *Hueck* (OHG) S. 139; RG JW 1935, 1773.
42 *Hueck* (OHG) S. 238; *Baumbach-Duden* § 128 Anm. 7A.
43 BGH NJW 1962, 1863.
44 *Hueck* (OHG) S. 216; *Baumbach-Duden* § 126 Anm. 3 B.
45 *Baumbach-Duden* § 126 Anm. 3 C.

Die Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht wird also auch der Problematik des Gesellschaftergeschäfts gerecht. Sie ermöglicht einerseits einen hinreichenden Schutz des redlichen Gesellschafters und verhindert zugleich pflichtwidrige Schädigungen der Gesellschaft.

Überprüft man daraufhin noch einmal den Ausgangsfall in BGHZ 17, 392, dann wird das dort gewonnene Ergebnis nur bestätigt. Der Widerruf der Prokura kann nämlich als einseitiges Rechtsgeschäft schon begrifflich von der Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht gar nicht erfaßt werden. Sie soll als Anwendungsfall der unzulässigen Rechtsausübung verhindern, daß die Gesellschaft aus Rechtsgeschäften in Anspruch genommen wird, bei deren Abschluß der Geschäftspartner schuldhaft ihre berechtigten Interessen verletzt hat. Aus der rechtsgeschäftlichen Entziehung der Prokura aber entstehen für den Partner keinerlei Rechte gegen die Gesellschaft, ihm wird im Gegenteil seine bisherige Rechtsmacht als Prokurist genommen. Im übrigen ist bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ein pflichtwidriges Verhalten des Partners ohnehin nicht möglich. Er ist hieran nur passiv als Empfänger der Willenserklärung des vertretungsberechtigten Gesellschafters beteiligt und kann die Vornahme dieses Rechtsgeschäfts nicht einmal verhindern.

Schrifttumsverzeichnis

Adler, E.: Beiträge zum Firmenrecht, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, 85. Band, Stuttgart 1921, S. 93-149.

Anschütz, A.: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche mit Ausschluß des Seerechts von *August Anschütz* und *O.Frhr. von Völderndorff*. Band I, Erlangen, 1868.
2. Aufl. Band II, 1. und 2. Abtheilung, Erlangen 1884, 1885.

Aulinger, L.: Die atypische stille Gesellschaft, Band 9 der Schriftenreihe des Instituts der Wirtschaftsprüfer, Düsseldorf 1955.

Bachof, O.: Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für *Walter Jellinek*, München 1955.

Bandasch, G.: Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit ausführlichen Erläuterungen der Nebengesetze von *Georg Bandasch* unter Mitarbeit von *Frank Benseler*, Neuwied, Berlin, Darmstadt 1960.

Bartholomeyczik, H.: Die Kunst der Gesetzesauslegung, 2. Aufl., Frankfurt 1959.

Bartholomeyczik, H.: Erbrecht. 6. Aufl., München und Berlin 1964.

Baumbach, A.: Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen und Einführungsverordnungen ohne Seerecht, 8. Aufl. von *Konrad Duden*, München und Berlin 1951.

Baumbach, A.: Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, 16. Aufl. von *Konrad Duden*, München und Berlin 1963.

Baumbach, A.: Wechsel- und Scheckgesetz mit Nebengesetzen fortgeführt von *Wolfgang Hefermehl*, 8. Aufl., München und Berlin 1965.

Behrend, J. Fr.: Lehrbuch des Handelsrechts, Band 1, Abtheilung I, Berlin und Leipzig 1886.

Bender, B.: Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, in: Juristenzeitung, 12. Jahrgang der Deutschen Rechtszeitschrift und der Süddeutschen Juristen-Zeitung, Tübingen 1957, S. 593-602.

Bierling, E. R.: Juristische Prinzipienlehre, Band 4, Freiburg 1911.

Binder, J.: Philosophie des Rechts, Berlin 1925.

Brand, A.: Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, Berlin 1911.

Brinckmann, C. H. L.: Die Lehre von den Handelsgesellschaften nach dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs für Deutschland, in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 34, Heidelberg 1851, S. 151-173.

Brox, H.: Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 unter Ausschluß des Seerechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., Band II, 1. und 2. Hälfte, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.

Ehrenberg, V.: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band I, Leipzig 1913.

Engisch, K.: Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl., Stuttgart 1959.

Enneccerus, L.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 1: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., bearb. von *Hans Carl Nipperdey*, Halbband 2, Tübingen 1960.

Entwurf eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz nebst Begründung (Regierungsentwurf), Bonn 1960.

Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland von der durch das Reichsministerium für Justiz niedergesetzten Commission, Abtheilung I, Frankfurt 1849.

Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg mit Motiven, Theil I: Entwurf des Handelsgesetzbuches, Theil II: Motive, Stuttgart 1839, 1840.

Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preußischen Staaten nebst Motiven, Berlin 1857.

Entwurf eines Handelsgesetzbuches mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift, aufgestellt im Reichsjustizamt, Amtliche Ausgabe, Berlin 1896.

Erman, W.: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden, 3. Aufl., Münster 1962.

Euringer, L.: Sitz der Handelsgesellschaft, Diss. jur., München 1952.

Fischer, R.: Anmerkung zu dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. 2. 1957 – II ZR 190/55 – in Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, Nr. 4 zu § 128 HGB, von Lindenmaier-Möhring.

Flume, W.: Rechtsgeschäft und Privatautomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1860-1960, Band I, Karlsruhe 1960, S. 135-238.

Forsthoff, E.: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Aufl., München und Berlin 1961.

Frieling, G.: Mißbrauch der Vertretungsmacht, insbesondere im Gesellschaftsrecht, Diss. jur. Münster 1961.

Gareis, C.: Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch nebst den sich daran anschließenden Reichsgesetzen, herausgegeben u. erläutert von *Carl Gareis* und *Otto Fuchsberger*, Berlin 1891.

v. Gierke, J.: Besprechung von *Staubs* Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Aufl., in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, 90. Band, Stuttgart 1927, S. 238-240.

v. Gierke, J.: Handels- und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958.

v. Gierke, O.: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.

Glünicke: Besprechung des Buches »Die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft« von *Anton v. Gorski*, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 36. Band, Stuttgart 1889, S. 351-353.

v. Gorski, A.: Die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft, Wien 1888.

Groß: Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, in: Der Betrieb, 3. Jahrgang 1950, S. 424.

Hämmerle, H.: Handelsrecht, 2. und 3. Teil, Graz, Wien, Köln 1959, 1960.

Hahn, F.: Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., Band 1, Braunschweig 1877.

Haupt, G.: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. bearbeitet von *Rudolf Reinhardt*, Tübingen 1952.

Hefermehl, W.: Anmerkung zu dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 7. 2. 1951 – II ZR 11/50 –, in: Neue Juristische Wochenschrift, 4. Jahrgang, München und Berlin 1951, S. 598.

Henle, R.: Vorstellung und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung, Leipzig 1910.

Heun, W.: Deutsches Handelsrecht, 2. Aufl., Teil I, Berlin und München 1944.

Hill, H.: Die Vertretungsmacht des offenen Handelsgesellschafters, Diss. jur., Heidelberg 1911.

Hirsch, E. E.: Leitfaden für das Studium des Handels- und Gesellschaftsrechts, 3. Aufl., Berlin und Frankfurt 1962.

Huber, E. R.: Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Band 1, 2, Tübingen 1953, 1954.

Hubmann, H.: Grundsätze der Interessenabwägung, in Archiv für die civilistische Praxis, Band 155 (Band 35 der neuen Folge) Tübingen 1956, S. 85-134.

Hueck, A.: Die stille Beteiligung an Handelsgesellschaften, in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 60. Geburtstag 20. Juli 1936, herausgegeben von der Kölner rechtswissenschaftlichen Fakultät, Berlin 1937, S. 239-255.

Hueck, A.: Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., Berlin 1964.

Hueck, A.: Anmerkung zu dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22. 1. 1962 – II ZR 11/61 –, in: Juristenzeitung, 17. Jahrgang der Deutschen Rechtszeitschrift und der Süddeutschen Juristen-Zeitung, Tübingen 1962, S. 362 f.

Hueck, A.: Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., München und Berlin 1963.

Jesch, D.: Auslegung gegen Wortlaut und Verordnungsgebung contra legem?, in: Juristenzeitung, 18. Jahrgang der Deutschen Rechts-Zeitschrift und der Süddeutschen Juristen-Zeitung, Tübingen 1963, S. 241-245.

v. Jhering, R.: Die Reflexwirkung oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Band 10, 1871, S. 245-354.

Isele, H. G.: Anmerkung zu dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 21. 12. 1961 – 2 AZR 255/61 –, in: Juristenzeitung, 17. Jahrgang der Deutschen Rechts-Zeitschrift und der Süddeutschen Juristen-Zeitung, Tübingen 1962, S. 759 f.

Kamnitzer, B.: Das Handelsgesetzbuch ohne Seerecht 4. Aufl., Köln, Berlin 1956.

Klang: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, Halbband 2, Wien 1934.

Koenige, H.: Handausgabe des Handelsgesetzbuches vom 10. 5. 1897 ohne Seerecht, bearb. von *Heinrich Koenige, Robert Teichmann, Walter Koehler.* 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.

Koenigs, F.: Die stille Gesellschaft, Berlin 1961.

Kohler, J.: Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, 74. Band, Stuttgart 1913, S. 456-469.

Kohler, J.: Nochmals die offene Handelsgesellschaft als juristische Person, in: Archiv für bürgerliches Recht, Band 40, Berlin 1914, S. 229-261.

Lang, H.: Die Typen der stillen Gesellschaft und die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Normen auf sie, Diss. jur., Freiburg 1930.

Larenz, K.: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960.

Laufke, F.: Die Handelsgesellschaften und das zwingende Recht, Prag 1931.

Lehmann, H.: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin, Frankfurt 1959.

Lehmann, H.: Anmerkung zu dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 20. 10. 1960 – 2 AZR 554/59 –, in: Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen, 14. Jahrgang der neuen Folge, Düsseldorf 1961, S. 55.

Lehmann, H.: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Aufl., Berlin 1963.

Lehmann, K.: Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Aufl., Halbband I, Berlin und Leipzig 1921.

Lehmann, K.: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, erläutert von *K. Lehmann* und *V. Ring*, 2. Aufl., Band I, Berlin 1914.

Leonhard, F.: Vertretung und Fremdwirkung, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 50. Band der zweiten Folge (86. Band von Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts), Jena 1936/37, S. 1-32.

Makower, H.: Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch nebst dem Preußischen Einführungsgesetze vom 24. 6. 1861 und der Instruktion vom 12. 12. 1861, 10. Aufl., erläutert von *H. Makower* und *S. Meyer*, Berlin 1890.

Müller-Erzbach, R.: Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Aufl., Tübingen 1928.

Müller-Freienfels, W.: Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955.

Meyer, F.: Ist das Firmenrecht ein Vermögensrecht?, in: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 4. Jahrgang, München, Berlin 1910, Spalte 60-63.

Meyer-Hayos, A.: Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951.

Mugdan, B.: Die gesammten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, herausgegeben von *C. Hahn*, fortgesetzt von *R. Mugdan*, Band 6: Materialien zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1897.

Nielsen, J.: Die Haftung der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft für Handlungen und Unterlassungen, Diss. jur., Kiel 1957.

Palandt, O.: Bürgerliches Gesetzbuch, 24. Aufl., München und Berlin 1965.

Paulick, H.: Handbuch der stillen Gesellschaft, Köln 1959.

Pinner, A.: Anmerkung zu dem Urteil des Reichsgerichts vom 5. 2. 1921 – 243/20 V –, in: Juristische Wochenschrift, 50. Jahrgang, Leipzig 1921, S. 1239.

Protkolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, Nürnberg und Hamburg 1857-1861.

Protokolle der Deutschen Bundesversammlung vom Jahre 1861, Sitzung 1-36, Frankfurt/M. 1861.

Puchelt, E. S.: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., Band I, Leipzig 1876.

Raape, L.: Zustimmung und Verfügung, in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 121 (Band 1 der neuen Folge), Tübingen 1923, S. 257-296.

Raisch, P.: Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert, Stuttgart 1962.

Raiser, L.: Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Band I, Karlsruhe 1960, S. 101-134.

Rasner, H.: Die atypische stille Gesellschaft, Band 11 der Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-Handels- und Prozeßrecht, Bielefeld 1961.

Reichsgerichtsräte und Bundesrichter, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar. 11. Aufl., Berlin 1959,1960. Band I, Teil 1: Allgemeiner Teil. Band II, Teil 2: Einzelne Schuldverhältnisse.

Renaud, A.: Das Recht der Commanditgesellschaften, Leipzig 1881.

Renaud, A.: Das Recht der stillen Gesellschaften und der Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung, herausgegeben und ergänzt von *Paul Laband,* Heidelberg 1885.

Ritter, C.: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., München und Berlin 1932.

Rohwedder, D.: Über die Ultra-Vires-Lehre und ihre Problematik im deutschen Recht, Diss. jur., Mainz 1961.

Rosenberg, L.: Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908.

Rosenberg, L.: Die Beweislast, 4. Aufl., München und Berlin 1956.

Rospatt: Die Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft und ihr Verhältnis zur Haftung der Gesellschaft, in: Zentralblatt für Handelsrecht, 7. Jahrgang, 1932. S. 241-249.

Schlegelberger, F.: Handelsgesetzbuch. 4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1960, 1963. Band I, II.

Schlink, C.: Die Ultra-Vires-Lehre im englischen Privatrecht, Berlin und Leipzig 1935.

Schlossmann, S.: Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen. Teil 1: Kritik der herrschenden Lehren. Leipzig 1900.

Schmidt-Rimpler, W.: Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 147 (Band 27 der neuen Folge), Tübingen 1941, S. 130-197.

Schopp: Die Vertretung und Geschäftsführung durch Nichtgesellschafter bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft, in: Der Deutsche Rechtspfleger, 71. Jahrgang, 1963, S. 186-190.

Schumann, H.: Handelsrecht, Teil II: Handelsgesellschaften, Wiesbaden 1961.

Soergel, H. Th.: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, neu herausgegeben von *W. Siebert.* 9. Aufl., Band I, II. Stuttgart 1959, 1962.

Staub, H.: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, 3. und 4. Aufl., Berlin 1896.

Staub, H.: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Aufl., Band I, Berlin und Leipzig 1926.

v. Staudinger, J.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 11. Aufl., Band I, Berlin 1957.

Tiefenbacher: Anmerkung zu dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20. 9. 1962 – II ZR 209/61 –, in: Der Betriebsberater, 17. Jahrgang, Heidelberg 1962, S. 1259 f.

v. Tuhr, A.: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I, II, Hälfte 1 und 2, Berlin 1910, 1914, 1918.

Viehweg, Th.: Topik und Jurisprudenz, 2. Aufl., München 1963.

Weipert, O.: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2. Aufl., Band II, Berlin 1950.

Westermann, H.: Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Heft 32 der Schriften der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster, Münster 1955.

Wolff, H. J.: Verwaltungsrecht I, 5. Aufl., München und Berlin 1963.

Weiser, K.: Der Mißbrauch der Vertretungsmacht unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der offenen Handelsgesellschaft, Diss. jur., Göttingen 1953.

Wieland, K.: Handelsrecht. Band I: Das Kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, München und Leipzig 1921.

Würdinger, H.: Gesellschaften, Teil I: Das Recht der Personalgesellschaften, Hamburg 1937.

Zitelmann, E.: Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879.

Zitelmann, E.: Lücken im Recht, Leipzig 1903.

Abkürzungen

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861.
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts, Arbeitsrechtliche Praxis
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
BAG	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebsberater
BFH	Bundesfinanzhof
BSG	Bundessozialgericht
BverfG	Bundesverfassungsgericht
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
JherJb	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und deutschen Privatrechts (ab 37. Band: Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts)
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring u. a.
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (bis 1913: für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts
Recht	Das Recht
Rpfleger	Der Rechtspfleger
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ab 1907): und Konkursrecht

Lebenslauf

Am 28. Januar 1935 wurde ich in Königsberg/Pr. als Sohn des Rektors Heinrich Schlüter und seiner Ehefrau Herta, geb. Gutzeit, geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Im Jahre 1941 trat ich in die Volksschule, im Jahre 1946 in das Humboldt-Gymnasium zu Dortmund ein, an dem ich am 19. Februar 1955 die Reifeprüfung bestand. Anschließend studierte ich insgesamt acht Semester Rechtswissenschaft, davon je vier Semester an den Universitäten Göttingen und Mainz.

Am 1. September 1959 bestand ich bei dem Justizprüfungsamt bei dem Ministerium der Justiz des Landes Rheinland-Pfalz die erste juristische Staatsprüfung. Am 9. November 1959 wurde ich in den Vorbereitungsdienst des Landes Rheinland-Pfalz übernommen und legte am 23. Juli 1964 die große juristische Staatsprüfung ab.

Seit dem 1. Februar 1965 bin ich als wissenschaftlicher Assistent in dem Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg tätig.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 18. Dezember 1964.